Commentar

zum

allgemeinen österreichischen

bürgerlichen Gesetzbuche

sammt den

dazu erflossenen Nachtrags-Verordnungen

von weiland

Dr. Moritz von Stubenrauch,

Ritter des Franz Josef-Ordens, k. k. ordentl. öffentl. Professor der Rechte an der Wiener Universität 2c. 2c.

Dritte, nach dem neuesten Stande der Gesetzgebung berichtigte und vermehrte Auflage.

Zweiter Band.



Wien, 1876.

Manz'sche k. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung.

Manz'sche Gesetzes-Ausgabe 1876.

Band	(Zu beziehen durch alle soliden Buchhandlungen.)	Preis in Umschlag brosch.	Preis in engl. Leinw. gebund.
I.	**Gesetze** und **Vorschriften** für **Gewerbe-, Fabriks-** und **Handels-Unternehmungen** . . . . Daraus einzeln: Gewerbeordnung. 40 kr. — Privilegiengesetz. — Marken- und Musterschutzgesetz. — Hausirpatent. — Gesetz für Handelsagenten. — Handelskammern. — Vereinsgesetz. — Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaftsgesetz. 90 kr. — Wechselordnung. — Verfahren in Wechselsachen. — Wechselordnung und Wechselverfahren in Ungarn. — Börseordnung. — Gesetz für Waarenbörsen und Waarensensale. — Gesetz über Promessengeschäfte. 90 kr.	2. 20	2. 70
II.	**Bürgerliches Gesetzbuch,** sammt allen Nachträgen, sowie den grundsätzlichen Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes .	2. —	2. 50
III.	**Vorschriften über Rechtsgeschäfte außer Streitsachen** . . Daraus einzeln: Verfahren außer Streitsachen. 1 fl. — Notariatsordnung vom 25. Juli 1871, sammt allen darauf bezüglichen Verordnungen und den grundsätzlichen Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes. 50 kr.	1. 50	2. —
IV.	**Strafgesetz. — Preßgesetz**	1. 40	1. 90
V.	**Die Strafproceß-Ordnung** vom 23. Mai 1873, sammt allen darauf Bezug habenden Gesetzen, Verordnungen und den Instructionen für die Strafgerichte und die Staatsanwaltschaften	2. 30	2. 80
VI.	**Jurisdictionsnorm. — Gerichts-** und **Concursordnung.** — Geschäftsordnung der Gerichte, **Bagatell-** u. **Mahnverfahren,** sowie die grundს. Entscheidungen d. Ob. Gerichtshofes. VI. Aufl.	2. 50	3. —
VII.	**Berggesetz** mit Vollzugsvorschriften und allen dazu erflossenen Nachträgen und Erläuterungen	2. —	2. 50
VIII.	**Forstgesetz.** — **Jagdgesetz.** — Feldschutzgesetz	1. 80	2. 30
IX.	**Gemeindegesetz.** — **Heimatgesetz,** sammt den Vorschriften über Einwanderung, Auswanderung, Verehelichung mit Ausländern rc.	1. 80	2. 30
X.	**Die Vorschriften über Wehrpflicht, Volkszählung, Einquartierung und Vorspann** bis auf die neueste Zeit zusammengestellt	2. 50	3. —
XI.	**Handelsgesetzbuch** sammt Einführungsgesetz, und den grundsätzlichen Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes. Gesetz über die Handelsmäkler. Börsegesetz	1. 50	2. —
XII.	**Gebührengesetz, Stämpelgesetz** und **Taxgesetz** mit allen hiezu erflossenen, erläuternden Verordnungen	2. 20	2. 70
XIII.	**Allgemeiner und Vertrags-Zoll-Tarif** für das **österreichisch-ungarische Zollgebiet.** I. Bd. Der systematische Zoll-Tarif für Ein- und Ausfuhr	2. —	2. 50
	II. Bd. Vorerinnerung mit Nachtrag. — **Waaren-** und **Aemterverzeichniß.** — **Reductions-Tabellen** rc. rc. (Gesetzlich giltig bis Ende 1877)	2. 50	3. —
XIV.	Die seit 2. December 1848 bis Mitte 1875 erlassenen **Bauordnungen** für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder sammt allen einschlägigen Verordnungen.	2. 50	3. —
XV.	Die **Gesetze** und **Vorschriften** über das **Volksschulwesen** .	1. 70	2. 20
XVI.	**Die Westgalizische Gerichtsordnung,** sammt allen dieselbe erläuternden und ergänzenden Gesetzen und Verordnungen und den grundsätzlichen Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes	1. 30	1. 80
XVII.	**Die österreichischen Eisenbahngesetze**	2. —	2. 50
XVIII.	**Das allgemeine Grundbuchsgesetz** sammt allen nachträglichen ergänzenden und erläuternden Verordnungen und den grundsätzlichen Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes. Die sämmtlichen Gesetze über die Anlegung neuer Grundbücher und die innere Einrichtung derselben sammt den Vollzugsvorschriften. Die Gesetze und Vorschriften über die Eisenbahnbücher. Die vollständige Reichs- und Landesgesetzgebung über das Wasserrecht rc. rc.	2. —	2. 50
XIX.	**Die Staatsgrundgesetze.** — Die Verfassungsgesetze für die Gesammtheit, dann die Landesordnungen und Landtags-Wahlordnungen für die einzelnen der im Reichsrathe vertretenen Königreiche u. Länder, sammt allen ergänzend. Gesetzen u. Verordnung.	2. —	2. 50

(Weitere Bände folgen.)

— Jeder Band ist einzeln zu haben. —

Commentar

zum

allgemeinen österreichischen

bürgerlichen Gesetzbuche

sammt den

dazu erflossenen Nachtrags-Verordnungen

von weiland

Dr. Moritz von Stubenrauch,

Ritter des Franz Josef-Ordens, k. k. ordentl. öffentl. Professor der Rechte an der Wiener Universität &c. &c.

Dritte, nach dem neuesten Stande der Gesetzgebung berichtigte und vermehrte Auflage.

Zweiter Band.

Wien, 1876.

Manz'sche k. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung.

Inhalt.

Zweiter Theil.

Erste Abtheilung.

Von den dinglichen Rechten.

Zweiter Theil. — Erste Abtheilung. — Von den dinglichen Rechten.

Sechstes Hauptstück.

Von dem Pfandrechte.

§. 447.

Begriff von dem Pfandrechte und Pfande.

Das Pfandrecht ist das dingliche Recht, welches dem Gläubiger eingeräumt wird, aus einer Sache, wenn die Verbindlichkeit zur bestimmten Zeit nicht erfüllet wird, die Befriedigung zu erlangen. Die Sache, worauf dem Gläubiger dieses Recht zusteht, heißt überhaupt ein Pfand.

1. Jede giltige Forderung begründet für den Berechtigten (den Gläubiger im weitesten Sinne) einen Anspruch auf Befriedigung von Seite des Verpflichteten (des Schuldners im weitesten Sinne), und zwar aus dessen Vermögen, wenn die Leistung im Geben einer Sache besteht (§. 861), oder doch so geartet ist, daß sie eine Schätzung und sohin die Umänderung in eine Geldleistung zuläßt [1]). Dieser Anspruch ist jedoch ein bloß persönlicher (§. 859), und daher nur insolange gesichert, als sich noch Vermögen in den Händen des Schuldners befindet. Sobald dieses an dritte Personen übergeht, kann die Befriedigung aus demselben nicht mehr verlangt werden. Anders gestaltet sich die Sache, wenn dem Gläubiger ein dingliches, gegen jedermann wirksames Recht eingeräumt wird, sich aus einer bestimmten Sache seines Schuldners zahlhaft zu machen (§. 461), dergestalt, daß, wenn diese Sache auch vor der Befriedigung des Gläubigers an einen andern übertragen wird, dadurch die Geltendmachung seiner Forderung an derselben nicht beirrt werde (§. 466). Hierin besteht das Wesen des Pfandrechtes, welches, wie Zeiller (Comment. Bd. 2. S. 252) bemerkt, den Zweck hat, „dem Gläubiger volle, mit dem vorbehaltenen Eigenthumsrechte des Schuldners und der Sicherheit des allgemeinen Verkehres vereinbarliche Sicherheit zu verschaffen" [2]).

2. Das Pfandrecht ist demnach ein dingliches Recht (§§. 307, 308 und 447), welches jemandem zur Sicherheit seiner Forderung an einer bestimmten fremden Sache (dem Pfande) eingeräumt wird, damit er, wenn die Befriedigung nach Verlauf der bestimmten Zeit nicht erfolgt, sich aus derselben bezahlt machen könne [3]).

---

[1]) S. Nippel. Erläut. Bd. 3, S. 430.

[2]) „Das Pfandrecht besteht im wesentlichen darin, daß ein bestimmter Theil des Vermögens des Schuldners in solcher Weise ausgeschieden und der Sicherstellung einer bestimmten Forderung gewidmet wird, daß der Gläubiger durch spätere Verfügungen des Schuldners oder durch Executionsführungen anderer Gläubiger an der Durchführung des ihm eingeräumten Rechtes nicht gehindert werden kann." (Entschdg. des obersten Gerichtshofes vom 18. März 1852, Z. 1469 in der allg. österr. Ger. Ztg. J. 1856, Nr. 119.)

[3]) S. Dr. Peter Harum, Zur Lehre vom Pfandrechte nach dem österr. bürgerl. Rechte in Haimerl's Magaz. Bd. 11, S. 338.

Hierdurch unterscheidet sich das Pfandrecht von der Dienstbarkeit, mit welcher es übrigens das gemein hat, daß es sich als Recht an einer fremden Sache, als eine Beschränkung des fremden Eigenthums darstellt. Der nächste Zweck desselben ist demnach die Sicherstellung einer Verbindlichkeit (§. 1343), der entferntere: die Befriedigung des Gläubigers durch Veräußerung der als Pfand gegebenen Sache (§. 461), keineswegs die Benützung derselben (§§. 459 und 1372), oder die Erwerbung ihres Eigenthums (§. 1371).

3. Von der aus dem Begriffe des Pfandrechtes hervorgehenden Regel, daß dasselbe immer eine fremde Sache voraussetzt, begründet nur das Institut der öffentlichen Bücher eine Ausnahme, welche bei §. 469 ihre nähere Erörterung finden wird [1]).

§. 448.

Arten des Pfandes.

Als Pfand kann jede Sache dienen, die im Verkehre steht. Ist sie beweglich, so wird sie Handpfand, oder ein Pfand in enger Bedeutung genannt; ist sie unbeweglich, so heißt sie eine Hypothek oder ein Grundpfand.

1. Als Pfand kann in der Regel jede Sache dienen, die der Veräußerung fähig ist (§. 461) und einen Verkaufswerth hat, mithin sowohl körperliche als unkörperliche Sachen (Rechte, s. unten Nr. 2), bewegliche und unbewegliche (§. 448), Einzelsachen und Gesammtsachen, solche, die ein Eigenthum des Schuldners sind, oder einem dritten gehören (§§. 450, 456 und 1368), oder dem Verpfänder mit einem oder mehreren andern gemeinschaftlich sind, ja selbst künftige Sachen, die erst im Entstehen begriffen sind. Immerhin muß aber die Sache, wie schon Eingangs bemerkt wurde, einen Verkaufswerth haben, weil sie sonst zur Befriedigung des Gläubigers nicht führen würde. Wenn also im gemeinen Leben auch andere Gegenstände, z. B. Diplome, Zeugnisse, Pässe u. dgl. [2]), verpfändet zu werden pflegen, so kann dieß nur im uneigentlichen Sinne der Fall sein, und höchstens die Absicht der Parteien dahin gehen, dem Gläubiger eine Art von Retentionsrecht einzuräumen, vermöge dessen er befugt ist, diese Sachen, an deren Ueberkommung dem Schuldner oft sehr gelegen sein kann, so lange zurückzuhalten, bis er mit seiner Forderung befriediget wird. Dagegen ist bares Geld, welches dem Gläubiger übergeben oder bei einem dritten hinterlegt wird, unzweifelhaft auch geeignet als Pfand zu dienen, und wird sehr häufig bei dem Erlage s. g. Cautionen verwendet [3]).

2. Daß auch Rechte Gegenstand der Verpfändung sein können, dürfte bei dem allgemeinen Wortlaute des Gesetzes (§. 448 und §§. 285, 291 und 292) kaum einem Zweifel unterliegen; doch treten allerdings einige Beschränkungen ein; so können Grunddienstbarkeiten, weil sie sich eigenmächtig von der dienstbaren Sache nicht absondern, noch auf eine andere Sache oder Person übertragen lassen (§. 485), keinen Gegenstand einer abgesonderten Verpfändung bilden (vgl. das Hfd. v. 19. Juli 1792, Nr. 33 der J. G. S.); wohl aber werden sie mit dem herrschenden Gute selbst verpfändet, weil sie ein Zugehör desselben sind (§. 457). Eben so unstatthaft scheint es, die persönliche Dienstbarkeit des Gebrauches und der Wohnung (§. 521) zu verpfänden, da der Gebrauchsberechtigte nach §. 507 sein Recht an keinen andern übertragen darf; wohl aber dürfte die Verpfändung des Fruchtgenusses (und der Wohnung, wenn sich diese nach §. 521 als eine Fruchtnießung des Wohngebäudes darstellt) als zulässig erscheinen, weil das Recht des Fruchtnießers darin besteht, eine fremde Sache mit Schonung der Substanz ohne alle Einschränkung zu genießen, folglich auch dessen Ausübung an einen

---

[1]) Vgl. dagegen Nippel, Erläut. Bd. 3, S. 431.
[2]) S. Nippel, Erläut. Bd. 3, S. 432.
[3]) Vgl. den in der allg. öst. Ger. Ztg. J. 1857, Nr. 38 mitgetheilten Rechtsfall.

andern zu übertragen (vgl. die Erläut. des §. 509). Ingleichen bildet das **Pfandrecht** selbst den Gegenstand einer weiteren Verpfändung (der **Afterverpfändung** nach §. 454; vgl. die Erläuterung dieses §.); dagegen wurde über die Frage, ob eine **Erbschaft** auf Ansuchen eines Gläubigers des Erben im **Ganzen** gepfändet werden könne, die Erläut. mit dem Hfd. vom 3. Juni 1846, Nr. 968 der J. G. S., dahin ertheilt, daß dem Gläubiger des Erben nach §. 822 des a. b. G. B. Verbot, Pfändung oder Vormerkung nur auf **einzelne Erbschaftssachen**, nicht auf das **Erbrecht** im Ganzen bewilligt werden könne[1]). Anderseits bilden **Forderungen** des Schuldners (persönliche Sachenrechte) allerdings einen Gegenstand des Pfandrechtes, wie aus den später zu erwähnenden Vorschriften der österr. Gerichts-Ordnungen mit Zuverlässigkeit hervorgeht[2]).

3. Dem gesagten zufolge sind zur Verpfändung nicht geeignet:

A. Alle Sachen, **die dem Verkehre überhaupt entzogen** sind (vgl. die Erläut. zu §§. 355 und 356, Z. 2, I. Bd., S. 434, 435 d. W.). Dagegen verschlägt es nichts, wenn nur der Pfandgläubiger nicht fähig ist, das Eigenthum der verpfändeten Sache zu erwerben (vgl. die Erläut. zu §§. 355 und 356, Z. 3 und 4, I. Bd., S. 435—441 d. W.), weil die Realisirung des Pfandrechtes durch die gerichtliche Feilbietung bewerkstelligt wird (§. 461), mittelst welcher daher die Pfandsache an einen zum Besitze derselben fähigen Erwerber übergehen kann[3]). Eine andere Frage ist es, ob das z. B. in Folge einer testamentarischen Verfügung auf einer Sache haftende **Belastungsverbot** die Erwerbung eines Pfandrechtes auf dieselbe hindere? Bei Beantwortung dieser Frage kömmt es zuerst darauf an, ob durch die im Mittel liegende Verfügung bloß dem Eigenthümer der Sache die persönliche Befähigung entzogen werden wollte, dieselbe einzuschulden und zu verpfänden, oder ob ihr damit die Eigenschaft einer völligen Unantastbarkeit von Seite der Gläubiger des Eigenthümers aufgedrückt werden sollte. Im ersteren Falle ist der Eigenthümer der Sache, wenn jene Verfügung nur überhaupt giltig getroffen wurde, in seinem Dispositionsrechte beschränkt; es ist ihm die persönliche Fähigkeit, die Sache zu verpfänden, entzogen, und eine gegen jenes Verbot unternommene Belastung daher ungiltig. Dieß hindert jedoch nicht, daß die mit Einschuldungsverboten belastete Sache von den Gläubigern des Eigenthümers in Execution gezogen werde, da diese ihr Recht nicht aus einem, dem Schuldner untersagten Vertrage, sondern aus einem andern giltigen Rechtstitel ableiten. Aber selbst ein **absolutes** Belastungsverbot würde nicht wirksam sein, wenn es nicht auf einer fideicommissarischen Substitution (§§. 610 und 613 des a. b. G. B.) oder einer Fideicommiß-Errichtung (§§. 618 und 629 ebd.) beruht, da außer in den eben erwähnten, vom Gesetze bestimmten Fällen kein über-

---

[1]) Vgl. **Staudinger** (L.): Ueber die Execution eines in den öffentlichen Büchern eingetragenen Erbrechtes (Zeitschr. für österr. Rechtsgel. 1833, II., S. 241); **Eigner** (J.): Ueber die Execution eines in den öffentlichen Büchern eingetragenen Erbrechtes (ebd. 1836, I., S. 1); — **Wildner**: Ueber die Execution des Erbrechtes und der einzelnen Verlassenschaftsstücke (ebd. 1836, II., S. 381); — **Rippel**: Beitrag zur Erörterung der Frage, inwieweit die Executionsführung auf ein angefallenes, jedoch noch nicht angetretenes Erbrecht Platz greife (ebd. 1837, I., S. 386); — **Winiwarter**: Noch ein Wort über die Frage, ob das Erbrecht außer dem Falle des Concurses ein Gegenstand der Execution sei (ebd. 1840, I., S. 253); — **Tschutschegg** (V.): Auch noch ein Wort über die Frage, ob ein angefallenes Erbrecht nach den österreichischen Gesetzen ein Gegenstand der Execution sei (ebd. 1844, II., S. 91); und **Ellinger**: Rechtsfall über Executionsführungen auf den Pflichttheil (Jurist, Bd. 18, S. 293).

[2]) Darunter gehört wohl auch das dem Käufer aus einem Kaufvertrage zustehende Recht gegen den Verkäufer, das s. g. **Kaufrecht**, ohne Unterschied, ob dasselbe urkundlich bescheinigt oder gar in die öffentlichen Bücher eingetragen ist oder nicht. (Entscheidung des oberst. Gerichtshofes v. 16. Mai 1855, Z. 4833 in der allg. öst. Ger. Ztg. J. 1856, Nr. 10.)

[3]) In diesem Sinne verfügte das Justizhofd. v. 23. October 1816, „daß in Fällen, wo ein **Jude** ein Hypothekarrecht erworben hat, und dasselbe gegen den Besitzer der zur Hypothek dienenden Realität wirksam machen wollte, ihm die Execution nur auf solche Art bewilligt werden könne, daß er von der Inhabung und Verwaltung des Gutes ganz entfernt bleibe.“ Ingleichen heißt es in der Vdg. vom 13. Juli 1804 für Böhmen: „daß den **Juden** auch nicht gestattet sei, als **Executionsführer** ein bürgerliches Haus im geschätzten Werth zu übernehmen, sondern daß hier entweder die Sequestration oder eine weitere **Feilbietung** einzutreten habe;“ und in dem Hfd. vom 20. Juli 1827, Nr. 2294 der J. G. S., „daß die Juden als **Käufer** zur Feilbietung von Realitäten der Christen, **wenn sie gleich hierauf eine Special-Hypothek erworben haben**, nicht zugelassen werden können,“ da (wie die böhm. Gub. Vdg. vom 13. August 1827 beifügt) das Hofrescr. vom 5. Juli 1755 den Juden das Recht, die Landtafel zu genießen, lediglich in Absicht auf die **Sicherheit** einräumt.

haupt im Verkehr befindliches Vermögen des Schuldners den Ansprüchen seiner Gläubiger entzogen werden kann.

B. Diejenigen Sachen, deren Verpfändung durch das Gesetz insbesondere **untersagt** ist. Die wichtigsten der dießfälligen Verfügungen lassen sich in folgendem zusammenfassen:

Es ist hierbei vor allem zu unterscheiden zwischen jenen Gegenständen, rücksichtlich deren selbst die **freiwillige** (vertragsmäßige) Verpfändung verboten ist, und jenen, auf welche die **Gerichte**, sei es im Wege der vorläufigen Sicherstellung, sei es im Wege der Executionsführung, kein Pfandrecht ertheilen dürfen.

Selbst von einer **freiwilligen Verpfändung** sind ausgeschlossen:

a) **Abzüge**, welche Beamten oder Dienern in Folge einer Haftungsverbindlichkeit aus dem Dienstverhältnisse gemacht werden (Hfd. v. 1. Dec. 1834, Nr. 2775 J. G. S.);

b) die **Besoldungen und Bezüge** öffentlicher Beamten und Diener, und es müssen allenfalls verpfändete Besoldungsbögen ohne alle Einwendung zurückgestellt werden (Pat. v. 25. Oct. 1798, Nr. 436 J. G. S.); dieß gilt auch von der Dienerschaft des k. k. Hofstaates (Hfd. v. 26. April 1799, Nr. 468 J. G. S.); jedoch nicht von Militärbeamten (Circ. des A. O. C. v. 28. Dec. 1858, Nr. 2 R. G. Bl. f. 1859);

c) **Brandschadenvergütungsbeträge** für versicherte Gebäude (Hfd. v. 18. Juli 1828, Nr. 2354 J. G. S.);

d) **Kirchengüter** im höheren Betrage; die dießfalls bestehenden besonderen Vorschriften s. bei §. 362, I. Bd. S. 449;

e) **Militär-Heiratscautions-Interessen** unter 100 fl., und drei Viertheile aller höheren (Hfkzld. v. 5. Mai 1839, Nr. 357 J. G. S.), dann der **Rentenschein** über eine solche Caution, außer an den anderen Ehegatten (§. 11 des Fin. Min. Erl. v. 31. Aug. 1858, Nr. 143 R. G. Bl.);

f) die zur Milderung eines **Nothstandes** aus Staats- oder Landesmitteln oder anderen öffentlichen Fonden gewährten Unterstützungen (kais. Vdg. v. 22. Dec. 1865, Nr. 142 R. G. Bl.);

g) **Pensionen, Provisionen und Gnadenbezüge** öffentlicher Beamten, Diener oder ihrer Angehörigen unter 100 fl. (Hfd. v. 22. April 1839, Nr. 356 J. G. S.), und die Hälfte aller höheren Bezüge dieser Art (Hfd. v. 16. Jän. 1786, Nr. 518 J. G. S.); die etwa verpfändeten Zahlungsbögen solcher Personen müssen ebenfalls ohne Einwendung zurückgestellt werden (Hfd. v. 21. Juni und 24. Dec. 1840, Nr. 450 und 487 J. G. S.);

h) die Rechte und Einkünfte der **Postmeister**, die von ihnen für den Staatsschatz eingehobenen Gelder, die zum Dienste bestimmten Transportmittel, Vorrichtungen und Geräthschaften (§. 29 des Pat. vom 5. Nov. 1837, Nr. 240 J. G. S.);

i) das Recht zur **Pulvererzeugung** (§. 5 der Kriegs-Min. Vdg. v. 31. März 1853, Nr. 91 R. G. Bl.);

k) Gegenstände der **Staatsmonopole**, welche bei §. 385 (I. Bd. S. 476) aufgeführt wurden, ohne Bewilligung der Gefällsbehörde (§. 427 Z. und St. M. O., und §. 5 des Pat. v. 29. Nov. 1850, Nr. 462 R. G. Bl.);

l) das zur **Concursmasse** gehörige Vermögen eines Gemeinschuldners (Conc. Odg. v. 25. Dec. 1868, Nr. 1 R. G. Bl. f. 1869, §. 3);

m) die tägliche **Zulage** der nach dem Min. Erl. v. 23. Dec. 1849, Nr. 5 R. G. Bl. für 1850, eingetretenen freiwilligen Stellvertreter (§. 12 daselbst);

n) die **Notarscautionen** können nur unbeschadet des Vorrechtes für alle Entschädigungsansprüche und Zahlungen, welche aus der Amtsführung des Notars erwachsen, für andere Forderungen als Pfand in Anspruch genommen, und das Pfandrecht kann nur unter den dafür in der Notariatsordnung gegebenen besonderen Vorsichten geltend gemacht werden (Not. Odg. v. 25. Juli 1871, Nr. 75 R. G. Bl., §. 25);

o) insoferne **Bezüge** aus dem **Arbeits- oder Dienstverhältnisse** nicht mit Sicherstellung belegt oder in Execution gezogen werden können (s. u.), ist auch jede Verfügung durch Cession, Anweisung, Verpfändung oder durch ein anderes Rechtsgeschäft ohne rechtliche Wirkung, wenn die Verfügung vor dem Tage, an welchem das Entgelt auszufolgen war, oder an diesem Tage vor dessen wirklichen Ausfolgung getroffen wurde (Ges. v. 29. April 1873, Nr. 68 R. G. Bl., §. 5).

Vom **gerichtlichen Verbote** und der **Executionsführung** sind befreit:

a) **Aerarialgut**, es mag sich auf dem Transporte in die ärarischen Aufbewahrungsorte, oder noch bei dem Lieferanten befinden, ebenso die dem Lieferanten gebührenden Vorschüsse und Ratenzahlungen, dann die zur Erfüllung des Vertrages nothwendigen Geräthschaften oder Requisiten (Hfd. vom 16. Mai 1793, Nr. 103, v. 13. Mai 1814, Nr. 1086, v. 15. Febr. 1815, Nr. 1132 J. G. S.).

b) **Almosengelder** aus dem Armen-, Stiftungs- oder Cameralfonde (Hfd. v. 5. Juli 1784, Nr. 313, v. 11. April 1789, Nr. 1002 J. G. S.).

c) Bezüge der Beamten, und zwar: die Gehalte (Pat. v. 25. Oct. 1798 Nr. 436 J. B. S.), die Personalzulagen und Quartiergelder (Hfd. v. 17. Sept. 1795, Nr. 256 J. G. S.), die Percentenzuschüsse (Hfd. v. 23. Nov. 1810, Nr. 918, J. G. S.), die Alimentationsgebühren suspendirter Beamten (Hfkzld. v. 11. Dec. 1839, Nr. 397 J. G. S.), die Adjuten (Hfkzld. v. 19. Dec. 1800, Nr. 513 J. G. S.). Verpfändete Besoldungsbögen sind den Inhabern durch die politische Behörde abzufordern und ohne Einwendung zurückzustellen (Hfkzld. v. 21. Juni 1840, Nr. 450 und v. 24. Dec. 1840, Nr. 487 J. G. S.), — Den Staatsbeamten sind in dieser Beziehung gleichgestellt: a) die städtischen, ständischen und Fondsbeamten (Hfd. v. 3. April 1838, Nr. 262 J. G. S.); b) die Hofbeamten und insbesondere die Subjecte der Hofapotheke (Hfkzld. v. 6. April 1805) und die Hoftheaterbeamten (Hfd. v. 8. Febr. 1828, Nr. 2328 J. G. S.), nicht aber die Hofschauspieler (Hfd. v. 1. Juli 1803, Nr. 614, und v. 8. Febr. 1828, Nr. 2328 J. G. S.); c) die mit festen Bezügen angestellte Hofdienerschaft (Hfd. v. 26. April 1799, Nr. 468 J. G. S.); d) die an öffentlichen Schulen angestellten Lehrer und Lehrerinen, nicht aber die Meßner (Hfd. v. 3. Juli 1801, Nr. 532, und v. 9. Febr. 1841, Nr. 505 J. G. S.). — Dagegen kann rücksichtlich der Bezüge der Beamten und ihrer Angehörigen ein Verbot stattfinden: a) zur Hereinbringung oder Sicherstellung der aus dem Dienstverhältnisse entspringenden Aerarialforderungen (Hfkzld. v. 1. Dec. 1834, Nr. 2675 J. G. S.); b) zur Hereinbringung oder Sicherstellung der Rückersatzansprüche des Staates an einen richterlichen Beamten für eine geleistete Entschädigung bis zu einem Drittel der Bezüge, mit der Beschränkung, daß ein Betrag von 350 fl. von der Execution freibleibe (Ges. v. 12. Juli 1872, Nr. 112 R. G. Bl., §§. 24, 25); c) zur Alimentation für die Gattin und Kinder (Hfd. v. 19. April 1799, Nr. 467 J. G. S.), auch für uneheliche Kinder (Hfd. v. 30. Nov. 1844, Nr. 850 J. G. S.), während solche Alimentationsbeträge selbst mit keinem Verbote belegt werden können (Hfd. v. 25. Nov. 1840, Nr. 482 J. G. S.); d) auf Diurnen und Diäten (Hfd. v. 7. Sept. 1835, Nr. 80 J. G. S.); e) auf die Löhnungen der Straßeneinräumer (Hfkzld. v. 22. Oct. 1829, Nr. 2435 J. G. S.); f) auf Pensionen, Quiescentengehalte, Abfertigungen, Unterhaltsgelder, Erziehungsbeiträge für Beamten, ihre Witwen und Kinder, mit den näheren Bestimmungen, daß derlei Bezüge jedenfalls nur bis zur Hälfte (Hfd. v. 16. Jän. 1786, Nr. 518, und v. 29. März 1833, Nr. 2606 J. G. S.), und wenn sie den Betrag von 105 fl. öst. Währ. nicht erreichen, gar nicht mit Beschlag belegt werden können (Hfd. v. 3. Juli 1838, Nr. 283, v. 22. April 1839, Nr. 356, vom 29. Mai 1840, Nr. 445 J. G. S.). Provisionen sind ebenfalls von der Beschlagnahme ganz befreit (Hfd. v. 11. Sept. 1795, Nr. 253 J. G. S.). Verpfändete Zahlungsbögen über derlei befreite Bezüge sind den Inhabern von der politischen Behörde abzufordern und ohne Einwendung zurückzustellen (Hfkzld. v. 21. Juni 1840, Nr. 450, und v. 24. Dec. 1840, Nr. 487 J. G. S.). Werden Pensionisten wieder angestellt, so sind die auf die Pension erwirkten Verbote von dem Zeitpunkte, wo deren Auszahlung aufhört, erloschen (Hfd. v. 5. März 1838, Nr. 260 J. G. S.). — Wenn auf die nämliche Besoldung mehrere Verbote auch bei verschiedenen Stellen geführt sind, gebührt nur jenem das Vorzugsrecht, der aus einem Urtheile oder gerichtlichen Vertrage in dem ordentlichen Executionszuge das Pfandrecht früher erwirkt hat (Hfd. v. 7. Sept. 1790, Nr. 56 J. G. S.).

d) Der Geding- und Schichtenlohn der Bergarbeiter (Berg-Ges. vom 23. Mai 1854, Nr. 146 R. G. Bl., §. 207).

e) Das Bergwerkszugehör, insofern darauf eine abgesonderte Execution geführt werden soll (ebendort §. 121).

f) Die auf den Ueberbringer lautenden Tratten der Bergwerksverschleißdirection (Hfd. v. 7. Dec. 1797).

g) Die von den Assekuranzgesellschaften für versicherte Gebäude zu zahlenden Brandschadenvergütungen (Hfd. v. 18. Juli 1828, Nr. 2354 J. G. S.).

h) Deficientengehalte der Geistlichen (Hfd. v. 13. Oct. 1843, Nr. 750 J. G. S.).

i) Das Erbrecht als Ganzes (Hfd. v. 3. Juni 1846, Nr. 968 J. G. S.).

k) Die Cautionsbeträge der Wiener Fleischer in der Fleischcasse und das von der Fleischcasse bezahlte Schlachtvieh (Min. Vdg. v. 25. Juni 1850, Nr. 248 R. G. Bl., §. 17).

l) Gnadengaben aus der k. k. geheimen Cabinetscasse (Just. Min. Erl. v. 11. Nov. 1852, Z. 15737).

m) Kreuzpartikeln und Reliquien (Hfd. v. 25. Nov. 1826 Nr. 2234 J. G. S.).

n) Lottogewinnste aus der Zahlenlotterie (Just. Min. Erl. vom 26. Mai 1858, Z. 10074).

o) Was die Bezüge der Militärpersonen betrifft, so kann die Gage und die Personalzulage, insofern sie den Betrag von 400 fl. öst. W. jährlich übersteigt, bis zu einem Drittheile — insofern sie aber nur 400 fl. jährlich oder weniger beträgt, bloß zu einem Viertheile mit Verbot und Execution belegt werden. Die übrigen Activitäts-

gebühren unterliegen einem Verbote nicht. Dasselbe gilt für die aus dem Pensionsstande zeitlich Commandirten für die Dauer der Commandirung (Geb. Reglement, A. O. C. Vdg. v. 10. Nov. 1863, C. K., Z. 3643, §§. 53, 220). — Ein Abzug an den für die Mannschaft sistemisirten Gebühren darf unter keinem Vorwande stattfinden (ebendort §. 121). — Pensionen können bis zu einem Drittheil, wenn sie aber nur 400 fl. oder darunter betragen, bis zu einem Viertheile mit Verbot oder Execution belegt werden (ebendort §. 296). — Dasselbe gilt auch, wenn Pensionisten zum Stande eines Invalidenhauses gehören (ebendort §. 305). — Die Bezüge der invaliden Mannschaft unterliegen durchaus keiner Executionsführung und keinem Abzuge (ebendort §. 365). — Das Stellvertretungs-capital oder die Capitalsquote können mit Verbot belegt werden (Kr. M. E. v. 24. Dec. 1862, A. 2, Z. 9097). — Zu Gunsten der Rechtsansprüche des Aerars oder eines dritten können die von der Heiratscaution entfallenden Einkünfte, sowohl während der Ehe, als nach dem Tode des Mannes bis zu jenem der Witwe, oder bis zur Auflösung des Cautions-verbandes, wenn die Einkünfte nur 400 fl. in Einlösscheinen oder weniger jährlich betragen, blos mit einem Viertheile, und wenn sie mehr als 400 fl. in Einlösscheinen jährlich aus-machen, nur mit einem Drittheile cedirt und mit Verbot belegt werden. Auf das eingelegte Capital selbst haben Vormerkungen allerdings, aber nur unter der Beschränkung statt, daß die Tilgung der Schuld aus dem Cautionscapitale nicht eher als nach erfolgter Auflösung des Cautionsverbandes bewirkt werden könne (Hfd. vom 29. Sept. 1835, Nr. 84 J. G. S.).

p) Die privilegirte österreichische Nationalbank kann in ihrem Rechte, vor allem ihre eigenen Ansprüche aus den in ihrem Besitze befindlichen Geldern und Effecten zu befriedigen, durch keine Ansprüche dritter Personen beeinträchtiget werden. Eine erwirkte Sicherheitsmaßregel hat daher nur die Wirkung, daß mit einer Zahlung, Erfolglassung oder Umschreibung bis zur Beendigung des Streites innegehalten wird, oder die Gelder oder Effecten von der Bank gerichtlich hinterlegt werden (Ges. v. 27. Dec. 1862, Nr. 2 R. G. Bl. f. 1863, §§. 67, 73).

q) Die Caution der Notare dient als Pfand für alle aus der Amtsführung des Notars erwachsenden Entschädigungsansprüche und Zahlungen und kann für andere Forde-rungen nur unbeschadet des Vorrechtes dieser Ansprüche in Pfand genommen oder in Execution gezogen werden (§. 25 der Not. Odg. v. 25. Juli 1871, Nr. 75 R. G. Bl.).

r) Die allenfalls noch bestehenden Pains d'Abbayes (Hfd. vom 1. Aug. 1829, Nr. 2421, und v. 31. Aug. 1832, Nr. 2574 J. G. S.).

s) Die Bezüge aus einigen Pensionsinstituten, und zwar: der Witwengesellschaft der bgl. Seidenzeug-, Sammt- und Dünntuchmacher in Wien (Hfd. v. 16. Febr. 1796), dem Institut für zum Dienen unfähige Handlungsdiener (Rggs. Decr. v. 11. Aug. 1796), der Versorgungsanstalt für Mitglieder der Wiener juridischen Facultät (Hfd. v. 14. März 1812, Nr. 980 J. G. S.), der medicinischen und chirurgischen Witwen-Societät in Wien (Hfd. v. 21. Oct. 1817, Nr. 1380 J. G. S.), der Versorgungsanstalt für Mitglieder der Prager juridischen Facultät (Hfd. v. 29. Mai 1838, Nr. 274 J. G. S.), dem Prager Witwen-, Waisen- und Taubstummen-Privatinstitute (Hfd. v. 3. April 1807, Nr. 804 J. G. S.).

t) Ein Betrag von 315 fl. öst. Währ. von den Einkünften einer geistlichen Pfründe und die Substanz des Pfründevermögens (Hfd. vom 27. Juni 1791, Nr. 170 J. G. S.).

u) Rücksichtlich der Postanstalt: die Befugnisse und Einkünfte der Postmeister, die von ihnen für Rechnung des Staatsschatzes eingehobenen Gelder, die für den Dienst bestimmten Transportmittel, Vorrichtungen und Geräthschaften; ferner die der Postanstalt übergebenen Sendungen vor Abgabe an den Adressaten (Postges. v. 5. Nov. 1837, Nr. 240 J. G. S., §§. 29, 30).

v) Die Gebühren der Privatärzte und anderer Sachverständigen in Strafsachen (Hfkzld. v. 16. Juni 1835, Nr. 40 J. G. S.).

w) Schießbaumwolle und andere explodirende Stoffe (Min. Vdg. v. 20. Febr. 1852, Nr. 47 R. G. Bl.).

x) Schießpulver, dann das zu dessen Erzeugung nöthige Materiale, Geräthe und sonstige Erforderniße (Min. Vdg. v. 31. März 1853, Nr. 91 R. G. Bl., §. 8).

y) Die Präbenden der Stiftsdamen (Hfd. v. 23. März 1793, Nr. 94 J. G. S.).

z) Tabak, außer mit Bewilligung der Gefällsbehörde (Pat. vom 29. Nov. 1850, Nr. 462 R. G. Bl., §. 11 c).

aa) Die Gnadenbezüge der Tiroler Landesvertheidiger, ihrer Witwen und Waisen (Hfkzld. v. 21. Nov. 1835, Nr. 95, und v. 27. Oct. 1839, Nr. 383 J. G. S.).

bb) Gelder und Naturalien, welche zur Milderung eines, in einem Lande oder Landes-theile eingetretenen Nothstandes aus Staats- oder Landesmitteln oder andern öffentlichen Fonden an einzelne Personen oder an Gemeinden als Unterstützungen, oder als rück-zahlbare Vorschüsse angewiesen oder verabfolgt werden (k. Vdg. v. 20. Dec. 1865, Nr. 142 R. G. Bl.).

cc) Waaren in zollämtlicher Behandlung (§§. 111, 112, 200, 206, 244 252, 253 der Zoll- und Staatsmonopols-Ordnung).

dd) Zahlungen aus öffentlichen Cassen, welche noch nicht liquid und noch nicht angewiesen sind (Hfkzld. v. 21. Aug. 1838, Nr. 291 J. G. S.).

ee) Das Zugehör eines unbeweglichen Gutes, wenn es abgesondert in Beschlag genommen werden will (Hfd. v. 7. April 1826, Nr. 2178 J. G. S.).

ff) Die Privatgläubiger eines Mitgliedes einer offenen Handelsgesellschaft oder einer Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaft sind nicht befugt, die zum Gesellschafts- oder Genossenschaftsvermögen gehörigen Sachen, Forderungen oder Rechte, oder einen Antheil an denselben zum Behufe ihrer Befriedigung oder Sicherstellung in Anspruch zu nehmen. Gegenstand der Execution oder des Verbotes kann für sie nur dasjenige sein, was der Gesellschafter oder Genossenschafter selbst an Zinsen und an Gewinnantheilen zu fordern berechtigt ist, und was ihm im Falle der Auflösung der Gesellschaft oder Genossenschaft, oder des Ausscheidens aus derselben bei der Auseinandersetzung zukommt (Hand. Ges. Art. 119 und Ges. v. 9. April 1873, Nr. 70 R. G. Bl., §. 56).

gg) Bezüge aus dem Arbeits- oder Dienstverhältnisse können nur unter den im Gesetze vom 29. April 1873, Nr. 68 R. G. Bl., enthaltenen Beschränkungen mit Verbot belegt werden. Dieses Gesetz ordnet an: §. 1. Das Entgelt, welches Personen, die ihre Thätigkeit ausschließlich oder vorzugsweise in Arbeits- und Dienstverhältnissen verwenden, für die in solchen Verhältnissen geleisteten Arbeiten oder Dienste beziehen (Lohn, Gehalt, Bestallung, Honorar, Diurnum u. s. w.), darf von einem dritten nur nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen mit Sicherstellungs- oder Executionsverfügungen getroffen werden. §. 2. Der Gehalt und die sonstigen Dienstesbezüge der im Privatdienste dauernd angestellten Personen können durch solche Verfügungen nicht getroffen werden, wenn der Gesammtbetrag dieser Bezüge jährlich 600 fl. öst. Währung nicht übersteigt. Als dauernd in diesem Sinne gilt das Dienstverhältniß, wenn dasselbe nach Gesetz, Vertrag oder Gewohnheit mindestens auf ein Jahr bestimmt oder bei unbestimmter Dauer für die Auflösung eine Kündigungsfrist von mindestens drei Monaten einzuhalten ist. Uebersteigt der Gesammtbetrag der jährlichen Bezüge 600 fl. österr. Währung, so kommen in Ansehung des Ueberschusses die allgemeinen Vorschriften über die Sicherstellung und Execution in Anwendung. §. 3. Ein außer dem Falle des §. 2 gebührendes Entgelt (§. 1) kann durch die erwähnten Verfügungen nicht früher getroffen werden, als 1. die Arbeiten oder Dienste geleistet sind, und 2. der Tag abgelaufen ist, an welchem das Entgelt nach Gesetz, Vertrag oder Gewohnheit auszufolgen war. §. 4. Für die Anwendung dieses Gesetzes macht es keinen Unterschied, ob das Entgelt für die Arbeiten oder Dienste in einer Summe Geldes oder in einem anderen Vermögensvortheile besteht, und ob es nach Zeit oder Stück berechnet wird. Bei der Ermittlung der als Entgelt zu behandelnden Summe ist der Betrag, welcher etwa für Materialien und für den Ersatz der Auslagen gebührt, auszuscheiden und abzuschlagen. §. 5. Die Bestimmungen der §§. 2 und 3 können durch Vertrag weder ausgeschlossen, noch beschränkt werden. Soweit die Sicherstellung und Execution nach den Bestimmungen der §§. 2 und 3 unzulässig oder anfechtbar ist, ist auch jede Verfügung durch Cession, Anweisung, Verpfändung oder durch ein anderes Rechtsgeschäft ohne rechtliche Wirkung, wenn die Verfügung vor dem Tage, an welchem das Entgelt auszufolgen war, oder an diesem Tage vor dessen wirklicher Ausfolgung getroffen wurde. §. 6. Auf den Antheil am Arbeitsverdienste, welcher den Sträflingen zugewiesen wird, können vor dessen Ausfolgung Sicherstellungs- und Executionsmaßregeln den Privatgläubigern der Sträflinge nicht bewilligt werden. Ist der Verdienstantheil ausgefolgt, so kann derselbe erst nach Ablauf des dreißigsten Tages, seitdem der Sträfling aus der Strafhaft entlassen ist, mit Sicherstellung oder Execution getroffen werden. §. 7. Die Bestimmungen dieses Gesetzes finden keine Anwendung: 1. auf die Gehalte und sonstigen Dienstesbezüge der Hof-, Staats-, Landes- und öffentlichen Fondsbeamten und Diener, der Angehörigen der bewaffneten Macht, sowie überhaupt auf solche Gehalte und Dienstesbezüge, welche zufolge besonderer gesetzlicher Bestimmungen gar nicht oder nur theilweise mit Verbot oder Execution getroffen werden können; 2. auf die Sicherstellung und executive Einbringung: a) der Steuern und öffentlichen Abgaben mit Inbegriff der zu Zwecken der öffentlichen Verwaltung ausgeschriebenen Zuschläge und der Vermögens-Uebertragungsgebühren; b) der auf dem Gesetze beruhenden Ansprüche auf Leistung des Unterhaltes; c) der Forderungen, welche die auf Grund der Gewerbeordnung errichteten Unterstützungs- und Krankencassen an ihre Theilnehmer zu stellen haben.

Nach den Vorschriften der Gerichts-Ordnungen (§. 340 der a., §. 451 der galiz., §. 440 der ital. G. O.) sind die unentbehrlichen Leibeskleider, ferner die nöthigsten Werkzeuge, womit der Schuldner sich täglich die Nahrung für sich und seine Familie verschaffen kann, von der Execution ausgenommen. Auf das übrige nothwendige Hausgeräthe, dann auf dasjenige, was der Schuldner zu seiner Berufsarbeit bedarf (wozu nach der im Jud. B. unter Nr. 81 eingetragenen Entscheidung des ob. Gerichtshofes v. 17. December 1873, Z. 9382, auch Nähmaschinen ge-

hören), nach der a., galiz. und ital. G. O. auch auf jenes, dessen Abgang ihm zum besonderen Schaden oder dessen Veräußerung zum Schimpfe gereichen würde, soll die Execution nur in Ermanglung anderer Zahlungsmittel stattfinden. Jenem Schuldner endlich, dem die Rechtswohlthat der Güterabtretung zu Statten kömmt, muß (nach §. 362 der a., §. 480 der galiz. und §. 467 der ital. G. O.) an Leibeskleidern (Wäsche), Betten und Hausgeräthschaften so viel gelassen werden, als ihm für sich, seine Gattin und seine unversorgten Kinder unentbehrlich ist.

C. Daß die Zugehörungen eines unbeweglichen Gutes (der sog. fundus instructus) nicht abgesondert in die Execution gezogen, sondern nur mit dem betreffenden Gute zugleich gepfändet, geschätzt und versteigert werden können, ist schon im I. Bd. S. 387 bemerkt worden. Diese Bestimmung gilt auch von den sog. radicirten Gewerben (Hfd. v. 12. Juli 1793, vom 20. Februar 1795, Nr. 219 der J. G. S., v. 7. April 1802 in der pol. G. S. Bd. 17, S. 86, und v. 9. December 1824), so wie von den Dominicalrechten in Oesterreich unter der Enns (Hfkzld. vom 12. Juni 1835).

4. Das Gesetz unterscheidet das Handpfand (auch Faustpfand genannt) oder Pfand im engeren Sinne, und das Grundpfand oder die Hypothek, je nachdem der Gegenstand des Pfandrechtes eine bewegliche oder unbewegliche Sache ist. Dem zufolge können Rechte, in so weit sie den beweglichen Sachen beigezählt werden, nicht den Gegenstand eines Grundpfandes bilden. Wohl aber ist dieses der Fall, wenn sie als eine unbewegliche Sache anzusehen kommen, wie z. B. die Tax-Entschädigungen u. dgl. (I. Bd. S. 387). Nur Hypothekarforderungen gehören zwar nach §. 299 des b. G. B. zu den beweglichen Sachen, können aber nichts destoweniger, bloß auf eben die Weise, wie unbewegliche Güter, nämlich durch Eintragung in die öffentlichen Bücher weiter verpfändet (als Afterpfand bestellt) werden (I. Bd. S. 388 und §. 454 des b. G. B.).

§. 449.

Titel des Pfandrechtes.

Das Pfandrecht bezieht sich zwar immer auf eine giltige Forderung, aber nicht jede Forderung gibt einen Titel zur Erwerbung des Pfandrechtes. Dieser gründet sich auf das Gesetz, auf einen richterlichen Ausspruch, auf einen Vertrag oder den letzten Willen des Eigenthümers.

§. 450.

Die Fälle, in welchen das Gesetz jemanden das Pfandrecht eingeräumt, sind am gehörigen Orte dieses Gesetzbuches und bei dem Verfahren in Concurs-Fällen angegeben. In wie fern das Gericht ein Pfandrecht einräumen könne, bestimmt die Gerichtsordnung. Soll durch die Einwilligung des Schuldners oder eines Dritten, der seine Sache für ihn verhaftet, das Pfandrecht erworben werden; so dienen die Vorschriften von Verträgen und Vermächtnissen zur Richtschnur.

1. Das Pfandrecht ist seinem Begriffe nach kein selbständiges, sondern nur ein accessorisches Recht, da es bloß zur Sicherheit einer Forderung bestimmt ist (§. 447), welche daher eine unerläßliche Bedingung seiner Existenz bildet. Die Forderung muß natürlich eine giltige sein (§. 449), weßhalb auch der §. 1351 ganz richtig verfügt, daß Verbindlichkeiten, welche nie zu Recht bestanden haben (z. B. aus einem ungiltigen Vertrage nach §. 879), oder schon aufgehoben sind, nicht bekräftigt werden können. Dagegen ist es anderseits gleichgiltig, welcher Art die versicherte Forderung sei, ob z. B. eine Darlehensforderung, der Anspruch auf Zahlung eines Kaufschillings oder eines Bestand-Zinses, eine Entschädigungsforderung u. dgl.; sie kann ferner eine bedingte oder unbedingte, eine schon bestehende oder eine künftig erst zur Existenz gelangende sein (z. B. bei Cautionsbestellungen oder in den Fällen der §§. 341, 343, 1101, 1245 u. s. w.), wenn nur die Bedingung

erfüllt wird, oder die Forderung in der Folge wirklich entsteht [1]), widrigenfalls das Pfandrecht wenigstens unwirksam bliebe. Endlich können nicht nur eigene, sondern auch fremde Verbindlichkeiten durch Pfand versichert werden (§. 1368).

2. Von der Regel, daß sich das Pfandrecht immer auf eine giltige Forderung beziehen müsse, scheint der §. 1483 eine Ausnahme zu begründen, da nach demselben das Pfandrecht für eine, bereits durch Verjährung erloschene Forderung noch fortdauert, so lange der Gläubiger das Pfand in Händen hat (vgl. die Erläuterung dieses §.); ebenso bringt es die Eigenthümlichkeit des Institutes der öffentlichen Bücher mit sich, daß nach §. 469 zur Aufhebung einer Hypothek die Tilgung der Schuld, die doch zufolge §. 1412 eine Aufhebung der Rechte herbeiführt, allein nicht hinreichend ist, sondern daß das Hypothekargut so lange verhaftet bleibt, bis die Schuldurkunde aus den öffentlichen Büchern gelöscht ist [2]).

3. Obwohl das Pfandrecht immer eine giltige Forderung voraussetzt, so gibt doch umgekehrt nicht jede giltige Forderung auch schon einen Titel zum Pfandrechte, da (wie Zeiller in seinem Comment. Bd. 2, S. 254 ganz richtig bemerkt) der Gläubiger nicht immer Gefahr läuft, ohne Pfand seine Forderung einzubüßen, und weil man daraus, daß jemandem eine Hauptverbindlichkeit auferlegt wird, noch nicht folgern kann, daß ihm zugleich die Nebenverbindlichkeit zur Sicherstellung auferlegt wurde. Es bedarf also zur Erlangung des Pfandrechtes wie beim Eigenthume (§. 380) noch eines besonderen Titels (§. 449). Dieser liegt entweder in dem Willen dessen, dem die zu verpfändende Sache gehört, oder er ist unabhängig von dem Willen desselben vorhanden. Man kann daher das s. g. willkürliche Pfandrecht pignus voluntarium) von dem nothwendigen (pignus necessarium) unterscheiden. Das erstere ist wieder ein vertragsmäßiges (pignus conventionale, durch den contractus pignoraticius oder das pactum hypothecae begründet) oder ein letztwilliges (pignus testamentarium); das letztere aber theilt sich in das gesetzliche (pignus tacitum, von den Neueren auch pignus legale genannt) und in das richterliche (pignus praetorium oder judiciale). Das nothwendige Pfandrecht findet, wie sich später zeigen wird, seine Rechtfertigung entweder in einem höheren Staats-Interesse oder in gewissen Rücksichten der Billigkeit, welche zu Gunsten bestimmter Forderungen sich insbesondere geltend machen.

4. Die Quellen des gesetzlichen Pfandrechtes sind theils unser b. G. B. selbst, theils die Vorschriften über das Verfahren in Concursfällen (§. 450), theils auch andere politische und finanzielle Gesetze, welche für gewisse Forderungen Pfandrechte einräumen. Die wichtigsten Fälle dieser Art sind in folgendem zusammengefaßt.

---

[1]) In einem Nr. 62 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1856 mitgetheilten Rechtsfalle hatte die B. dem A. gegen das Versprechen, sie mit Geldvorschüssen zu unterstützen, durch eine Urkunde vom 21. Juni 1848 für alle Forderungen, die er aus Darlehen, durch Einlösung ihrer Accepte u. s. w. an sie zu stellen haben würde, das Pfandrecht auf dem ihr gehörigen Hause eingeräumt, auf welchem diese Urkunde auch grundbücherlich einverleibt wurde. Das solchergestalt eingeräumte Pfandrecht muß, nach Inhalt der Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 4. März 1856, Z. 12598, obwohl demselben noch keine zur Zeit der Bestellung bestandene Forderung zu Grunde lag, bezüglich künftig entstehender Forderungen der oben verzeichneten Art als wirksam angesehen werden, da es kein Gesetz gibt, durch welches eine solche Pfandrechtseinräumung für unstatthaft erklärt wäre; weil ferner hypothekarisch sichergestellte Cautionen für künftige, aus Dienstes- oder Vertragsverhältnissen entstehende Verbindlichkeiten stets für gesetzlich zulässig und wirksam angesehen wurden; weil endlich in dem Landtafelpatente vom 22. April 1794, Nr. 171 der J. G. S., §. 37, bücherliche Haftungen für künftig mögliche Verbindlichkeiten ausdrücklich als aufrecht bestehend anerkannt sind. Eine solche Verbindlichkeit erscheint dann, wenn sie auch erst nach der Hypothekarbestellung entsteht, sobald sie in die Kategorie derjenigen gehört, für welche die Hypothek bestellt wurde, in der bestellten Hypothek bereits begriffen, und eventuell mit dieser zugleich einverleibt. — Es ist in dieser Beziehung auch gleichgiltig, ob das Pfand für alle Forderungen aus einem bereits abgeschlossenen Geschäfte, oder für Forderungen aus erst künftig einzugehenden Geschäften bestellt werde, vorausgesetzt, daß letztere Geschäfte sind, welche in der Pfandversicherung vorgesehen wurden. — Aus ähnlichen Gründen erfloß die Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 23. October 1861, Z. 6640 in dem Nr. 145 der allg. österr. Ger. Ztg. J. 1861 dargestellten Rechtsfalle. — Deßgleichen wurde mit der Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 4. November 1859, Z. 12405, die Einverleibung der von der Vormundschaft des A. gegen B., als dessen außerehelichen Vater, erstrittenen Unterhaltsansprüche auch rücksichtlich der erst künftig verfallenden Raten bewilligt (allg. öst. Ger. Ztg. J. 1860, Nr. 21, und Glaser's und Unger's Sammlg. Bd. 2, Nr. 901).

[2]) Vgl. Winiwarter, bürg. Recht, Bd. 2, S. 233. Dagegen können wir in dem von dem Verf. ebenfalls angeführten §. 466 keine weitere Ausnahme finden, da dieser §. nur die dingliche Natur des Pfandrechtes hervorhebt, und bestimmt, daß es auch gegen einen dritten Besitzer der verpfändeten Sache geltend gemacht werden könne.

A) Nach dem a. b. G. B., und zwar:

a) nach §. 150 desselben haften die Einkünfte des einem Kinde gehörigen Vermögens, von welchem dem Vater die Fruchtnießung verwilligt wurde, für den standesmäßigen Unterhalt des Kindes, und können zum Abbruche desselben von den Gläubigern des Vaters nicht in Anspruch genommen werden (vgl. I. Bd. S. 259).

b) Zufolge §. 237 ebenda ist der Vormund (und zufolge §. 282 der Curator) verpflichtet, Caution zu leisten, wenn er die durch das Gesetz zur Sicherheit des Vermögens seines Pflegebefohlenen bestehenden Vorschriften nicht genau beobachtet (vgl. I. Bd. S. 341).

c) Der §. 343 ebd. ermächtigt den Besitzer eines dinglichen Rechtes, wenn er beweisen kann, daß ein bereits vorhandener fremder Bau, oder eine andere fremde Sache dem Einsturze nahe sei, und ihm offenbarer Schaden drohe, gerichtlich auf Sicherstellung zu dringen (vgl. I. Bd. S. 423).

d) Wenn ein Gewässer sein Bett verläßt, so haben vor allem die Grundbesitzer, welche durch den neuen Lauf des Gewässers Schaden leiden, das Recht, aus dem verlassenen Bette oder dessen Werthe entschädigt zu werden (§. 409 b. G. B. I. Bd. S. 495).

e) Bei der gleich unten zu erörternden Verpfändung einer fremden Sache (§. 456 ebd.) gibt eigentlich das Gesetz den Titel zum Pfandrechte, da der Nichteigenthümer ein solches streng genommen nicht einräumen kann.

f) Wenn der Werth eines Pfandes durch Verschulden des Pfandgebers oder wegen eines erst offenbar gewordenen Mangels der Sache zur Bedeckung der Schuld nicht mehr zureichend gefunden wird, so berechtiget der §. 458 b. b. G. B. den Gläubiger, von dem Pfandgeber ein anderes angemessenes Pfand zu fordern.

g) Nach §. 520 kann der Eigenthümer von dem Gebrauchsberechtigten oder Fruchtnießer bei sich äußernder Gefahr die Sicherstellung der Substanz verlangen.

h) Der §. 688 ebd. bestimmt, daß in allen Fällen, in welchen ein Gläubiger von einem Schuldner Sicherstellung zu fordern berechtiget ist, auch der Legatar die Sicherstellung seines Legates begehren könne.

i) Wenn der Erbe die Vermächtnisse berichtiget, bevor die Gewißheit vorhanden ist, daß die Verlassenschaft zur Bezahlung der Schulden, anderer pflichtmäßigen Auslagen und zur Berichtigung aller Vermächtnisse zureiche, so kann er von den Vermächtnißnehmern Sicherstellung verlangen (§. 692 b. G. B.).

k) Besorgt ein Erbschaftsgläubiger, ein Legatar oder ein Notherbe, daß er durch Vermengung der Verlassenschaft mit dem Vermögen des Erben für seine Forderung Gefahr laufen könne, so kann er nach §. 812 ebd. vor der Einantwortung verlangen, daß die Erbschaft von dem Vermögen des Erben abgesondert, vom Gerichte verwahrt, oder von einem Curator verwaltet und sein Anspruch darauf vorgemerkt werde.

l) Auch Gläubiger des Erben können das ihm angefallene Erbgut, jedoch nur unnachtheilig den bei der Verlassenschaft vorkommenden Ansprüchen, auch vor der erfolgten Einantwortung mit Verbot, Pfändung und Vormerkung belegen (§. 822 ebd.).

m) Bei der Verwaltung einer gemeinschaftlichen Sache räumt der §. 834 ebd. den überstimmten Theilhabern, wenn wichtige Veränderungen vorgenommen werden sollen, welche zur Erhaltung oder besseren Benützung des Hauptstammes vorgeschlagen wurden, das Recht ein, Sicherstellung für künftigen Schaden zu fordern.

n) Bei einer Gemeinschaft der Berechtigung ist der Schuldner nach §. 890 b. G. B. nicht verpflichtet, die zu leistende untheilbare Sache einem einzelnen Mitgläubiger ohne Sicherstellung herauszugeben.

o) Zur Sicherstellung des Mieth- oder Pachtzinses hat der Vermiether

einer Wohnung das Pfandrecht auf die eingebrachten, dem Miether oder Aftermiether eigenthümlichen, oder von einem dritten ihnen anvertrauten Einrichtungsstücke und Fahrnisse, welche zur Zeit der Klage noch darin befindlich sind; der Verpächter aber auf das auf dem Pachtgute vorhandene Vieh und die Wirthschaftsgeräthschaften und die darauf noch befindlichen Früchte (§. 1001 des b. G. B.).

p) Nach §. 1136 b. G. B. hat der Erbpachtherr das Recht, in Ansehung des über ein Jahr ausständigen Zinses die Pfändung der Nutzungen zu verlangen.

q) Wer das Heiratsgut übergibt, ist zufolge §. 1245 ebd. befugt, bei der Uebergabe, oder wenn in der Folge Gefahr eintritt, von demjenigen, der es empfängt, eine angemessene Sicherstellung zu fordern.

r) Wenn über das Vermögen des Mannes bei seinen Lebzeiten ein Concurs eröffnet wird, so kann die Ehegattin nach §. 1260 die Sicherstellung des Heiratsgutes und der Widerlage für den Fall der Auflösung der Ehe gegen die Gläubiger verlangen.

s) Wer auf seinem Grund und Boden fremdes Vieh antrifft, kann, wenn er dadurch Schaden gelitten hat, das Recht der Privatpfändung über so viele Stücke Viehes ausüben, als zu seiner Entschädigung hinreicht (§. 1321 ebd.). Auch das nach der Minist. Vdg. vom 30. Jänner 1860, Nr. 28 des R. G. Bl., aufgestellte beeidete Feldschutzpersonale hat, wenn Feldgut durch Thiere beschädigt wird, die Privatpfändung für den Beschädigten zu vollziehen (§. 18 dieses Ges.); und eben so ist nach §. 63 des Forst-Gesetzes vom 3. December 1852, Nr. 250 des R. G. Bl., wenn Vieh unberechtigter Weise in fremde Wälder getrieben oder aus Unachtsamkeit dahin gelassen wird, der Wald-Eigenthümer oder dessen Stellvertreter (das Forstschutzpersonale) befugt, wofern ein Schade zugefügt wurde, das Recht der Privatpfändung über so viele Stücke Viehes auszuüben, als zur Entschädigung hinreicht.

t) Der Bürge ist zufolge §. 1364 b. G. B. befugt, nach Verlauf der Zeit, binnen welcher der Schuldner hätte zahlen sollen, von diesem, wenn er mit seiner Einwilligung Bürgschaft geleistet hat, zu verlangen, daß er ihm Sicherheit verschaffe; und eben so kann er nach §. 1365 ebd., wenn gegen den Schuldner ein gegründetes Besorgniß der Zahlungsunfähigkeit oder der Entfernung aus dem Kaiserstaate eintritt, die Sicherstellung der verbürgten Schuld begehren.

u) Endlich bestimmt der §. 1428 des b. G. B., daß der Zahlende, wenn der Schuldschein, welcher ihm zurückgegeben werden sollte, in Verlust gerathen ist, berechtigt sei, Sicherstellung zu fordern.

B. Der Concurs ist eine Gesammt-Execution auf das demselben einbezogene Vermögen des Cridatars. Durch die Eröffnung des Concurses wird nach dem §. 1 der Concursordnung v. 25. December 1868, Nr. 1 des R. G. Bl. für 1869, das gesammte der Execution unterliegende Vermögen, welches ein zahlungsunfähig gewordener Schuldner besitzt, oder welches ihm während der Dauer des Concurses zufällt, der freien Verwaltung desselben entzogen, und die Gesammtheit derjenigen Gläubiger, deren Ansprüche zur Zeit der Concurseröffnung bestanden haben, erlangt das Recht, dieses Vermögen nach den Bestimmungen der Conc. Odg. in Verwahrung und Verwaltung zu nehmen und zu ihrer Befriedigung zu verwenden. Die Conc. Odg. bestimmt sohin in den §§. 26—48 die Rangordnung der Ansprüche, ohne daß irgend einem dieser Ansprüche durch die Conc. Odg. selbst irgend ein Pfandrecht eingeräumt würde. — Der §. 450 a. b. G. B. hat daher gegenwärtig nur insofern mehr rücksichtlich der Concursfälle eine Anwendung, als in älteren Verordnungen das gewissen Ansprüchen durch die Concursordnung eingeräumte Vorzugsrecht mit dem Namen gesetzliches Pfandrecht bezeichnet wird.

C. Die politischen und finanziellen Gesetze räumen folgende Pfandrechte ein:

a) Dreijährige Rückstände an l. f. Steuern genießen zufolge des Hfd. vom 15. April und 16. September 1825, Nr. 2089 und 2132 der J. G. S.,

des Hfkzld. v. 6. Juli 1830 (böhm. Prov. G. S. Bd. 12, S. 184) und des Hfd. vom 4. November 1831, Nr. 2533 der J. G. S., in Rücksicht des unbeweglichen Gutes, worauf sie haften, auch außer dem Falle des Concurses, das Vorrecht vor allen Gläubigern; jene Steuerrückstände aber, welche von unbeweglichen Gütern länger als drei Jahre aushaften, können zufolge der Hfd. vom 1. September 1826, Nr. 2219 der J. G. S. und vom 14. Februar 1840, Nr. 409 ebd. nur ein, den Hypothekarforderungen nachstehendes Pfandrecht ansprechen[1]). Insbesondere können die Erwerbsteuer-Rückstände nach §. 18 des Pat. vom 31. December 1812 (pol. G. S. Bd. 39, S. 131; für Krain, den villach. Kreis und das Küstenland Pat. vom 16. December 1815; für Salzburg, den Inn- und Hausruck-Kreis Pat. vom 22. Jänner 1824) im äußersten Falle durch Pfändung und Verkauf der Habseligkeiten des Steuerpflichtigen hereingebracht werden, wobei jedoch alle Werkzeuge und Vorrichtungen zur Ausübung des Gewerbes verschont bleiben müssen[2]). Die Einbringung der Einkommensteuer erfolgt nach §. 31 des k. Pat. vom 29. October 1849, Nr. 439 des R. G. Bl., auf dem für die Einbringung der directen Steuern vorgeschriebenen Wege, durch die für dieselbe bestellten Behörden und mittelst der für die Einbringung der directen Steuern gesetzlich gestatteten Mittel[3]). — Weiters räumt das Hfkmrd. vom 14. März 1831, Nr. 2507 der J. G. S., den Verzehrungssteuer-Abfindungspauschalien dasselbe gesetzliche Vorzugsrecht ein, welches die übrigen l. f. Steuern und Abgaben genießen. — Die Taxen sind nach §. 240 des Stempel- und Taxgesetzes vom 17. Jänner 1840, Nr. 404 der J. G. S., in Concursfällen wie andere landesfürstliche Steuern zu classificiren. Dasselbe gilt von den, durch das Gesetz vom 9. Februar 1850, Nr. 50 des R. G. Bl., bestimmten Gebühren nach §. 8 desselben. — Nach §. 200 der Z. u. St. M. O. vom 11. Juli 1835 haftet die Zollgebühr, so lange die Waare sich auf dem Transporte von der Zolllinie zum Gränzzollamte, auf dem Amtsplatze eines Zollamtes, zu dem dieselbe zur Vollziehung des Zollverfahrens gebracht wurde, in zollämtlicher Verwahrung oder ämtlichem Verschlusse befindet, und geht allen aus privatrechtlichen Titeln abgeleiteten Ansprüchen vor. Ingleichen haftet nach §. 244 ebd. der Lagerzins auf der Waare, so lange sich dieselbe in der ämtlichen Verwahrung befindet, und es kann deren Ausfolgung aus der Niederlage, ehe nicht der für die Dauer der Aufbewahrung entfallende Lagerzins entrichtet wird, aus keinem wie immer gearteten Rechtsgrunde gefordert werden. Auch der Tabak, welcher in einem dem Tabakmonopol unterworfenen Gebiete erzeugt oder bereitet wurde, haftet nach §. 21 des Pat. vom 29. November 1850 für die Entrichtung der Verbrauchsabgabe und kann daher nicht in Folge eines wie immer gearteten, aus privatrechtlichen Titeln abgeleiteten Anspruches in den Verkehr übergehen, wenn nicht hierzu die Bewilligung der Gefällsbehörde erlangt, und die dem Staatsschatze zukommende Gebühr entrichtet wurde. — Nach §. 72 des Gebührengesetzes v. 9. Februar 1850, Nr. 50 des R. G. Bl., haftet die Gebühr von Vermögensübertragungen auf der Sache, welche den Gegenstand der Uebertragung ausmacht, und geht allen aus Privatrechtstiteln entspringenden Forderungen vor; dieses gilt insbesondere von der Gebühr für Erbschaften und Vermächtnisse. Die Gebühr von der Eintragung in öffentliche Bücher

---

[1]) S. Schopf (Jos.): Ueber das Vorrecht der landesfürstl. Haus- und Grundsteuern in und außer dem Concursverfahren (Archiv 1839, Bd. 1, S. 152).

[2]) Daß das den Erwerbsteuer-Rückständen eingeräumte gesetzliche Pfandrecht nicht nur in Concursfällen, sondern auch außer dem Falle eines Concurses wirksam sei, ist in einer Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 2. December 1852, Z. 11883 (allg. österr. Ger. Ztg. J. 1853, Nr. 84) ausdrücklich anerkannt. Doch bezieht sich dieses Pfandrecht nur auf die Fahrnisse des Steuerschuldners, nicht auch auf die demselben gehörigen Realitäten (Entschdg. des obersten Gerichtshofes vom 24. November 1858, Z. 13234 in der allg. österr. Ger. Ztg. J. 1859, Nr. 30); und dasselbe gilt von der nach der Erwerbsteuer bemessenen Einkommensteuer.

[3]) S. den Aufsatz von Dr. O. Pann, über die Priorität der Steuern im Concurse, in der allg. österr. Ger. Ztg. J. 1857, Nr. 133. — In einer Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 15. Juni 1859, Z. 6283 (Not. Ztg. J. 1859, Nr. 3), ist der Grundsatz ausgesprochen, daß das den l. f. Steuern gesetzlich zukommende Vorrecht auch den in executiver Eintreibung dieser Steuern erwachsenden Kosten zugestanden werden müsse.

zur Erwerbung dinglicher Rechte haftet auf dem durch die Eintragung erworbenen dinglichen Rechte und geht allen aus Privatrechtstiteln entspringenden Forderungen vor [1]). Dieses Vorrecht hat jedoch zufolge Abs. 14 der Finanz-Min. Vdg. vom 3. Mai 1850, Nr. 181 des R. G. Bl., nach drei Jahren von dem Zeitpunkte an, mit welchem die Gebühr zufolge des Zahlungsauftrages von dem Steuerpflichtigen hätte berichtiget werden sollen, zu erlöschen, unbeschadet des dem Staatsschatze zustehenden Forderungsrechtes gegen den Steuerpflichtigen. Die Verwahrungsgebühr haftet nach §. 14 des Gesetzes vom 26. Jänner 1853, Nr. 18 des R. G. Bl., auf dem verwahrten Gegenstande und geht auf demselben allen aus Privatrechtstiteln entspringenden Forderungen vor. Vor Berichtigung der Gebühr darf der verwahrte Gegenstand nicht erfolgt werden. Eine Ausnahme hiervon kann nur von einer leitenden Finanzbehörde gegen angemessene Sicherstellung der Gebühr bewilligt werden.

b) Die auf den Sachen, welche den Gegenstand oder die Hilfsmittel einer Gefällsübertretung ausmachen, ruhende Haftung für die den Straffall treffenden Vermögensstrafen ist in dem Gefälls-Strafgesetzbuche vom 11. Juli 1835 näher bestimmt. Sie begründet nach §. 152 ebd. das Recht der Organe des Staates, diese Sache zur Vollziehung der gedachten Strafen und zur Einbringung der Kosten des Verfahrens, so weit deren Vergütung demjenigen gesetzlich obliegt, rücksichtlich dessen die auf der Sache ruhende Haftung für die Vermögensstrafen stattfindet, zu ergreifen, zu verwahren und zu verwenden, d. i. nach §. 162 ebd. zu veräußern, und aus dem gelösten Preise nach Berichtigung der gebührenden Abgabe die Geldstrafe hereinzubringen.

c) Zufolge Hfkmrd. vom 1. December 1834, Nr. 2775 der J. G. S., können die aus dem Dienstverhältnisse entspringenden Aerarialforderungen von der einschlägigen administrativen Behörde durch Abzüge an den Gehalten oder Pensionen der Staatsdiener oder Militärpersonen, und zwar in der Art hereingebracht werden, daß solche Abzüge durch die von Privaten auch früher erlangten Pfändungen oder Abtretungen auf keine Weise beirrt werden dürfen [2]). Diese Vorschrift wurde durch das Hfkzld. vom 11. Jänner 1836, Nr. 115 der J. G. S., auch auf alle städtischen, ständischen und Fondsbeamten anwendbar erklärt, insofern es sich um Ersätze aus ihrem Dienstverhältnisse an die städtischen, ständischen und öffentlichen Fonde handelt.

d) Die Concurrenzbeiträge sind nach dem Hfkzld. vom 21. December 1826, Z. 35126, und dem Hfd. vom 4. Jänner 1836, Nr. 113 der J. G. S., gleich der l. f. Grundsteuer als dingliche, auf dem Grunde haftende Verbindlichkeiten anzusehen, daher ganz nach den für die directen Steuern bestehenden Vorschriften einzutreiben, und genießen auch bei der gerichtlichen Eintreibung gleiche Vorrechte mit den l. f. Steuern.

e) Durch die galiz. Gub. Vdg. vom 12. April 1787 (Kropatsch. G. S. Bd. 13, S. 147), das Hfkzld. v. 21. März 1795 (Piller'sche G. S. S. 27) und das Hfkzld. vom 27. Mai 1807 (pol. G. S. Bd. 28, S. 133) waren die Dominien in Galizien verpflichtet worden, ihre nothleidenden Unterthanen mit Früchten zur Aussaat und Verbrotung zu unterstützen. Wenn nun die Grundherrschaften dieser Verbindlichkeit nicht Genüge leisten wollten, oder aus Mangel an Vorräthen, Barschaft oder Credit kein Genüge leisten konnten, die Pächter dagegen die dem Gutseigenthümer obliegende Verbindlichkeit erfüllten, so sollte ihnen zur Erlangung dieser Vorschüsse, inso-

---

[1]) Vgl. auch §. 11 der Finanz-Minist. Vdg. vom 9. Februar 1850, Nr. 48 des R. G. Bl., und §. 17 der Finanz-Minist. Vdg. vom 11. März 1850, Nr. 82 ebd.; dann den in der allg. öst. Ger. Ztg. J. 1853, Nr. 54 mitgetheilten Rechtsfall.

[2]) Doch wurde mit Hofkrgs. Circ. vom 30. November 1837, Z. 4091, gestattet, wenn schon früher Privatvormerkungen haften, von Fall zu Fall nach reiflicher Ueberlegung zu bestimmen, ob die ganze, nach dem Gesetze zur Beschlagnahme geeignete Quote oder nur ein Theil zur Sicherstellung des Aerars zurückbehalten werden solle, in welchem Falle die Privatgläubiger ihre Rechte auf den offen gelassenen Theil der gesetzlichen Quote geltend machen können.

fern sie dieselben während ihrer Pachtzeit von den unterstützten Unterthanen nicht einbringen konnten, auf dem kürzesten Wege mittelst Sequestration verholfen werden; wenn aber der Staat dem Unvermögen der Dominien durch Verabreichung von Vorschüssen in Brot- und Samenfrüchten zu Hilfe kam, so gebührte diesen Vorschüssen das Vorrecht vor allen, auf den betreffenden Gütern schon intabulirten oder jenen Gläubigern, welche auf selbe noch weiter leihen würden (Hfd. vom 20. Juni 1837, Pichl's G. S. Bd. 63, S. 98).

f) Zufolge Hfd. vom 16. September 1825, Nr. 2132, gebührte den dreijährigen Rückständen an gutsherrlichen Abgaben auch außer dem Falle des Concurses ein, nach dem Hfd. vom 4. November 1831, Nr. 2533 ebd., nur den dreijährigen Steuerrückständen nachstehendes Pfandrecht auf das Gut, von dem diese Abgaben hätten entrichtet werden sollen. Insofern nun solche Rückstände an die vormalige Grundherrschaft nach den bestehenden Gesetzen noch zu leisten wären, könnte immerhin noch von der Anwendung der gedachten Vorschrift die Rede sein.

g) Die k. Patente über die Durchführung der Aufhebung des Unterthansverbandes und der Entlastung des Grund und Bodens (vom 4. März 1849, Nr. 152 des R. G. Bl., §§. 21 und 22, dann für Galizien vom 15. August 1849, Nr. 361 ebd., §§. 22 und 23, und vom 12. März 1851 für Krakau, Nr. 89 ebd.) bestimmen, daß die Einbringung der dießfälligen Zahlungen von den zur Entschädigungsleistung Verpflichteten auf demselben Wege und durch dieselben Maßregeln zu bewirken sei, welche für die Einbringung der Grundsteuer vorgeschrieben sind, daß die Forderungen auf diese Zahlungen das Vorrecht der l. f. Steuern in (Concurs- und) Executionsfällen genießen, und daß die zur Last der Verpflichteten ermittelte Entschädigungsrente[1]), so wie das an die Stelle dieser Rente tretende Capital als eine auf dem entlasteten Grunde vor allen Hypothekarlasten bestehende, die Vorrechte der l. f. Steuern genießende Last anzusehen und zu behandeln sei, und zwar nach der Just. Min. Vdg. vom 29. September 1852, Nr. 198 des R. G. Bl., auch dann, wenn die aufgehobene oder abgelöste Leistung, an deren Stelle das Entlastungscapital getreten ist, früher in dem öffentlichen Buche unter den Hypothekarlasten in einer späteren Rangordnung oder gar nicht eingetragen war.

Nach der im Spruch-Rep. unter Nr. 70 eingetragenen Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 26. März 1874, Z. 1595, gebührt bei einer executiven Versteigerung sämmtlichen, bis zum Feilbietungstage rückständigen Raten des Grundentlastungscapitals und den bezüglichen 5% Zinsen und Verzugszinsen, den Zinsen jedoch nur durch drei Jahre vom Feilbietungstage zurück, das Vorrecht vor allen, aus Privatrechtstiteln entspringenden Hypothekarforderungen.

h) Das Pat. vom 18. April 1784, Nr. 279 der J. G. S., hatte bestimmt, daß diejenigen Vergütungen, welche was immer für aus dem Bande der Unterthänigkeit geforderte oder geleistete Dienste oder Entrichtungen zum Grunde haben, als auf dem Grunde selbst haftende Verbindlichkeiten anzusehen seien, so zwar, daß die Unterthanen mit solchen Ansprüchen sich an den jeweiligen Gutsbesitzer, derselbe mag durch Erbfolge, Verträge oder Verleihung zu dem Besitze gelangt sein, zu halten berechtiget waren, jedoch mit der Beschränkung auf eine dreijährige Frist, innerhalb welcher die dießfälligen Klagen angebracht werden mußten. Das Pat. vom 10. Juli 1789, Nr. 1030, verfügte dann weiter, daß der achte Theil des Werthes jeder Herrschaft (die sog. Octava) zur Sicherheit der aus dem Bande der Unterthänigkeit entstehenden und vor Ablauf der festgesetzten dreijährigen Frist angebrachten Unterthansforderungen vorzüglich und also zu haften habe, daß auch ohne Vormerkung solchen Forderungen das Pfandrecht bis auf den achten Theil des Werthes des Gutes vor allen vorgemerkten Gläubigern gebühre, das weitere Pfandrecht aber nur, soweit diese Octava zur Bedeckung der Unterthansforderungen nicht zu-

---

[1]) Nach dem Pat. für Galizien und Krakau auch die von den Servitutsberechtigten an den Staatsschatz zu leistende Vergütung.

reichte, entweder vom Tage der geschehenen Vormerkung, oder wenn keine Vormerkung geschehen wäre, nach allen vorgemerkten Gläubigern eintrete [1]). In Nieder-Oesterreich war schon durch das Landtafelpat. vom 24. November 1758, §. 23, die Bestimmung getroffen worden, daß zur Sicherheit der zu den Herrschaften erlegten Depositen und Waisengelder der achte Theil des Werthes des Gutes für beständig vorgemerkt werden sollte. Mit Beziehung hierauf bestimmte sohin das oberwähnte Patent vom 10. Juli 1787 weiter, daß daselbst die bereits vorgemerkte Octava von dort an auch zur Sicherheit der gedachten Unterthansforderungen zu haften habe, in den übrigen Ländern aber, wo die Vormerkung der Octava noch nicht bestand, um die aus dem Bande der Unterthänigkeit entstehenden Unterthansforderungen zu decken, sogleich eingeführt werden solle, und zwar, wie das Hfd. vom 25. September 1789, Nr. 1053 der J. G. S., später hinzufügte, nicht in der Art, als ob eine bestimmte Summe, die den achten Theil des Werthes des betreffenden Gutes ausmacht, vorzumerken wäre, sondern mit dem allgemeinen Ausdrucke: „den . . . . vorgemerkt zur Bedeckung dießortiger Pupillen- und Erlagsgelder, sowie der Unterthansforderungen die vermöge Pat. vom 10. Juli 1789 bestimmte Octava des eigentlichen Werthes dieses Gutes" [2]). In Mähren und Schlesien erhielt es jedoch zufolge Hfd. vom 28. April 1791, Nr. 142 der J. G. S., lit. o, von der landtäflichen Vormerkung der Octava zur Bedeckung der aus dem Bande der Unterthänigkeit entstehenden Unterthansforderungen wieder sein Abkommen, und für Böhmen wurde durch das Hfd. vom 28. October 1791 (Kropatsch. G. S. Bd. 4, S. 466) und vom 16. Februar 1792, Nr. 253 der J. G. S., lit. d, die durch das Patent vom 10. Juli 1789 eingeführte Haftung gänzlich aufgehoben. Für Galizien ward ebenfalls durch die Hfkzld. vom 7. September 1808 und 6. April 1809 (Hfd. vom 29. April 1809, Nr. 892 der J. G. S.) das Patent vom 10. Juli 1789 außer Kraft gesetzt; durch Hfd. vom 27. September 1810 aber wieder eingeführt, und mit Hfd. vom 4. September 1813, Nr. 1070 der J. G. S., bestimmt, daß die Octava als ein gesetzliches Pfandrecht, auch ohne intabulirt zu sein, ihre volle Wirkung habe. Nach erfolgter Aufhebung des Unterthansverbandes durch das Pat. vom 7. September 1848 bestimmte sohin das k. Patent vom 11. April 1851, Nr. 84 des R. G. Bl., §. 33, daß bis zur seinerzeitigen Aufhebung der Octavalhaftung Grund und Boden bis zum achten Theile des Werthes damit belastet bleibe, und diese Haftung zugleich auch auf den achten Theil des Entlastungscapitales, welches einen Bestandtheil des gesammten Gutswerthes bildet, zu übertragen sei [3]). Ueber den Zeitpunkt und die Modalitäten der Aufhebung dieser gesetzlichen Haftung wurden besondere Bestimmungen in Aussicht gestellt, welche für Oesterreich ob und unter der Enns, Böhmen, Mähren, Kärnthen und Krain, Ober- und Nieder-Schlesien, Steiermark, Salzburg, Görz, Gradiska, Istrien und Triest in dem Pat. vom 10. Februar 1853, Nr. 26 des R. G. Bl., und der Min. Vdg. vom 6. Juli 1854, Nr. 163 ebd., für Galizien in dem Pat. v. 24. September 1857, Nr. 179 des R. G. Bl., und für die Bukowina in der Min. Vdg. vom 25. Februar 1861, Nr. 28 des R. G. Bl., enthalten sind. Ferner verordnet der Minist. Erl. vom 15. Mai 1852, Nr. 113 des R. G. Bl., daß die Octava von solchen Gutskörpern, mit welchen keine Art von Jurisdiction verbunden war, und zu denen auch keine Unterthanen gehörten, über Begehren der Besitzer nach Einvernehmung

---

[1]) Für Steiermark erklärte das Hfkzld. vom 9. November 1826 (Goutta'sche G. S. Bd. 27, S. 378), daß die Unterthanen mit den, aus dem Unterthansbande abgeleiteten Forderungen nur auf den Betrag der Octava Anspruch haben, und daß sie sich daher hinsichtlich des unbedeckten Ueberrestes ihrer Forderungen lediglich an den gewesenen Gutseigenthümer, ohne Anspruch einer Haftung von Seite des neu eingetretenen Gutsbesitzers, zu halten haben.

[2]) Für Illyrien und das Küstenland erklärte das Hfkzld. vom 4. Februar 1830, Nr. 2449 der J. G. S., daß daselbst die Haftung der Octava nur auf die, aus dem Bande der Unterthänigkeit entspringenden Forderungen angewendet, und daher nicht auf die Amtshandlungen der Bezirksobrigkeiten als solche ausgedehnt werden dürfe.

[3]) Für Galizien war durch Pat. vom 17. April 1848 und für die Bukowina durch Pat. vom 9. August 1848 die in Frage stehende Haftung auf ein Sechzehntel herabgesetzt worden.

der Finanzprocuratur ohne weiters gänzlich gelöscht werden könne; außerdem kann zufolge Vdg. des nied. österr. Oberlandesgerichtes vom 28. Februar 1854, Z. 1130 die Löschung der Octava stattfinden, sobald im Falle der gerichtlichen Veräußerung einer Gülte, womit vor dem 7. September 1848 Jurisdictionsrechte verbunden waren, der achte Theil des Kaufschillings zur Deckung der Octava gerichtlich erlegt und die Octavalhaftung hierauf depositenämtlich übertragen und sichergestellt ist. Für Krain, Kärnthen, Görz und Gradiska, Istrien und die Stadt Triest mit ihrem Gebiete verfügt aber die Min. Vdg. vom 16. Juni 1856, Nr. 105 des R. G. Bl., daß die Besitzer jener Dominicalgutskörper, bezüglich deren die Jurisdiction schon vor der allgemeinen Einführung der l. f. Gerichte anheimgesagt worden war, bei der Einbringung des Einschreitens um die Löschung der Octava ein Absolutorium über die Liquidation des Waisen- und Depositenvermögens nicht beizubringen haben, und daß hinsichtlich jener Dominicalgutskörper, deren Besitzer nur die Grundbücher über ihre unterthänigen Realitäten geführt haben, wenn sie die Löschung der Octava erwirken wollen, bloß die obergerichtliche Bestätigung anzusuchen und beizubringen sei, daß gegen dieselben bis zum Tage des überreichten Gesuches von keiner Seite ein Anspruch aus der Grundbuchsführung erhoben wurde, und daß die Uebergabe der Grundbücher an die l. f. Gerichte ordnungsmäßig stattgefunden hat.

i) In der Feuerlösch-Ordnung für Wien vom 31. December 1817, §. 28 (pol. G. S. Bd. 45, S. 403) und für Graz vom 20. November 1812, §. 144 (Goutta'sche G. S. Bd. 22, S. 434), dann in dem Hfkrgsr. Circ. vom 27. April 1824, H. 432 (Mil. G. S. S. 45) wurde den Feuerlöschkosten zu mehrerer Sicherheit das Vorrecht vor allen übrigen auf dem Hause haftenden Schulden eingeräumt, wobei jedoch dem Hausbesitzer der Regreß an diejenigen Personen vorbehalten bleibt, durch welche die Feuersbrunst entstanden ist.

k) Zur Einbringung der gewöhnlichen Beerdigungskosten steht den Strafanstalten, in denen ein Sträfling verstorben ist, das Vorzugsrecht auf die von demselben mitgebrachten Kleidungsstücke und auf den Betrag des von ihm gesammelten Arbeitsüberverdienstes zu (Hfd. vom 7. Februar 1817, Nr. 1313 der J. G. S., lit. c).

l) Zufolge der a. h. Entschl. vom 22. Juni 1840, Nr. 248 des R. G. Bl., über die Errichtung einer Fleischcasse in Wien haftet das Schlachtvieh, welches wegen überschrittenen ordentlichen Credites eines Fleischers in die Schlachthäuser eingestellt wird, der gedachten Fleischcasse für den dafür bezahlten Betrag. In ähnlicher Weise muß nach §. 12 der Minist. Vdg. vom 23. März 1859, Nr. 48 des R. G. Bl., womit eine Fleischcasse in Triest errichtet wurde, das Schlachtvieh, worauf von dieser Casse ein Vorschuß gemacht wurde, zur Sicherstellung derselben in den städtischen Schlachthof geführt und daselbst verwahrt werden.

m) Das Editto politico di navigazione vom 25. April 1774, Art. IV, §. 44 bestimmt, daß die Löhnung der Schiffsmannschaft ein vorzügliches Pfandrecht auf das Fahrzeug und die Frachtgelder genieße.

n) Den Advocaten gebührt das gesetzliche Pfandrecht rücksichtlich ihrer Forderung auf jenen Betrag, welchen sie im Falle eines Streites über die Expensen bei Gericht erlegt haben (Adv. Odg. v. 6. Juli 1868, Nr. 96 R. G. Bl. §. 96).

o) Die von einem Notare geleistete Caution dient als Pfand für alle Entschädigungsansprüche und Zahlungen, welche aus der Amtsführung des Notars erwachsen (Not. Odg. v. 25. Juli 1871, Nr. 75 R. G. Bl., §. 25).

p) Das für eine Forderung durch die Einverleibung in das öffentliche Buch erworbene Pfandrecht kommt, abgesehen von besonderen Bestimmungen, auch den Proceß- und Executionskosten zu; dreijährige Rückstände von Zinsen, welche aus einem Vertrage oder dem Gesetze gebühren, genießen gleiche Priorität mit dem Capitale (allg. G. G. v. 25. Juli 1871, Nr. 95 R. G. Bl., §§. 16, 17).

q) Nach dem Gesetze v. 7. Mai 1874, Nr. 51 des R. G. Bl., zu entrichtenden Religionsfondsbeiträgen, welche nicht über drei Jahre ausständig sind, und deren Nebengebühren kommt ein den öffentlichen Abgaben und deren Nebengebühren nachstehendes, hingegen allen

privatrechtlichen Forderungen vorgehendes gesetzliches Pfandrecht ad fructus des unbeweglichen Vermögens der beitragspflichtigen Pfründe oder regulären Communität zu (§. 22 d. Ges. v. 7. Mai 1874, Nr. 51 R. G. Bl.).

r) Zur Wahrung der Rechte der Besitzer von Pfandbriefen bestimmt das Gesetz vom 24. April 1874, Nr. 48 des R. G. Bl., folgendes: §. 1. Eine Anstalt, welche unter staatlicher Aufsicht Pfandbriefe ausstellt, kann über diejenigen Vermögensobjecte, welche statutenmäßig zur vorzugsweisen Deckung der Pfandbriefe zu dienen haben, nur mit Zustimmung des ihr beigegebenen Regierungscommissärs verfügen. Der Regierungscommissär darf seine Zustimmung nur dann ertheilen, wenn er die Ueberzeugung gewonnen hat, daß durch die Verfügung die statutenmäßige Deckung der Pfandbriefe nicht beeinträchtigt wird. Auf Grund einer Urkunde der Anstalt, welche eine solche Verfügung bezweckt, kann eine Eintragung in den öffentlichen Büchern nur dann erfolgen, wenn die Urkunde von dem Regierungscommissär mitgefertiget ist. — §. 2. Die Besitzer von Pfandbriefen haben das Recht, aus den im §. 1 bezeichneten Vermögensobjecten der Anstalt vorzugsweise befriedigt zu werden, daher Gläubiger der Anstalt, deren Forderungen nicht aus Pfandbriefen entspringen, eine Execution nur unbeschadet dieses Rechtes erwirken können. Die Gesammtheit dieser Vermögensobjecte bildet im Falle des Concurses der Anstalt eine besondere Masse, aus welcher jene Gläubiger, deren Ansprüche aus Pfandbriefen der Anstalt entspringen, vor den übrigen Concursgläubigen zu befriedigen sind.

s) Zur Sicherung der Rechte der Besitzer von Eisenbahn-Prioritätsobligationen bestimmt das Gesetz v. 19. Mai 1874, Nr. 70 des R. G. Bl., im §. 47: Bei der Verwendung des Einkommens, welches durch eine gerichtliche oder im Verwaltungswege verhängte Sequestration erzielt wird, sowie bei der Vertheilung des durch eine im Concurse oder zum Zwecke der Execution vorgenommene Veräußerung gelösten Preises haben den in einer Eisenbahneinlage eingetragenen Hypothekarforderungen diejenigen Forderungen voranzugehen, welche durch die für den ordentlichen Betrieb der als Hypothek dienenden bücherlichen Einheit erforderlichen Leistungen entstanden sind (Betriebsauslagen), oder welche solche Beträge zum Gegenstande haben, die aus Anlaß des gegenseitigen Verkehres der öffentlichen Communicationsanstalten für eine andere Anstalt dieser Art eingehoben, aber an dieselbe noch nicht abgeführt wurden (Abrechnungsschuldigkeiten). Diesen Forderungen gebührt aber ein Vorrang nur insoweit, als dieselben nicht früher als ein Jahr vor der Sequestration, oder der zwangsweisen Versteigerung, beziehungsweise vor der Eröffnung des Concurses entstanden sind. Der den Betriebsauslagen und den Abrechnungsschuldigkeiten eingeräumte Vorrang gebührt auch den in §. 39 bezeichneten Forderungen, insoweit als dieselben nicht bereits sichergestellt wurden. Den in den vorstehenden Bestimmungen bezeichneten Forderungen kommt im Verhältnisse derselben zu einander der gleiche Rang zu. — Der berufene §. 39 lautet: Wird in Beziehung auf ein nicht im Expropriationswege erworbenes Eisenbahngrundstück ein Anspruch geltend gemacht, welcher aus einer zur Aufnahme in die Eisenbahneinlage nicht geeigneten Last abgeleitet wird, so wird durch eine solche Anmeldung die Aufnahme des Eisenbahngrundstückes in die Eisenbahneinlage nicht aufgehalten. Der anmeldenden Partei bleibt es vorbehalten, ihre Ersatzansprüche aus dem behaupteten Bestande der Last im Proceßwege gegen die Unternehmung geltend zu machen.

Gemeindeumlagen, d. i. nach Maßgabe der bestehenden Gesetze zu Gemeindezwecken ausgeschriebene und nach dem Maßstabe der Besteuerung auf die Gemeindeglieder umgelegte Beiträge, welche im Wege der politischen Execution eingetrieben werden können, sind als Concurrenzbeiträge anzusehen und genießen das diesen im Hfd. v. 4. Jän. 1836, Nr. 113 J. G. S. (oben S. 13 Abs. d), eingeräumte Vorrecht mit den k. k. Steuern bei der gerichtlichen Eintreibung (Beschl. d. ob. Ger. Hofes v. 27. Juni 1865, Z. 5384, Jud. B. Nr. 65).

Inwiefern das Handelsgesetz bei gewissen Geschäften ein gesetzliches Pfandrecht einräumt, wird unten bei §. 471 erörtert werden.

5. Inwiefern das Gericht ein Pfand (das richterliche Pfand) einräumen könne, bestimmen die Vorschriften über das gerichtliche Verfahren, und zwar in der Lehre von der Execution (§§. 311—347 der a. G. O., §§. 411—460 der gal. G. O. und §§. 410—447 der ital. G. O.); es kommen hierbei aber auch die provisorischen Sicherstellungsmittel, insbesondere das Verbot auf fahrende Güter (§§. 283—291 der a., §§. 374—386 der gal. und §§. 364 bis 375 der ital. G. O.); die Sequestration (§§. 292 bis 297 der a., §§. 387 bis 395 der gal. und §§. 376—384 der ital. G. O.), so wie die Bestimmung des §. 298 der a. G. O. (§§. 397 und 398 der gal., §§. 386 und 387 der ital. G. O.) zu erwähnen, vermöge welcher dem Kläger auch noch vor gefälltem Spruche, insoweit er nicht etwa bereits hinlänglich bedeckt wäre, die Execution bis zur Sicherstellung ertheilt werden muß, wenn sich seine Klage auf eine Urkunde gründet,

welche in Folge des Gesetzes vollkommenen Glauben verdient (auf ein sog. instrumentum guarendigiatum).

6. Was das vertragsmäßige Pfandrecht anbelangt, so bestimmt der §. 1368, daß derjenige Vertrag, wodurch der Schuldner oder ein anderer anstatt seiner auf eine Sache dem Gläubiger das Pfandrecht wirklich einräumt, folglich ihm das bewegliche Pfandstück übergibt, oder das unbewegliche durch die Pfandbücher verschreibt, Pfandvertrag (contractus pignoraticius und pactum hypothecae) heiße. Da die Bestellung des Pfandes eine eventuelle Veräußerung der Sache enthält (§. 461), so kann sie nur von demjenigen ausgehen, welcher das Befugniß hat, rechtsgiltig über die zum Pfande bestimmte Sache zu verfügen[1]). Ist dieses Recht beschränkt, wie z. B. beim widerruflichen Eigenthume, oder an eine auflösende Bedingung geknüpft, so wird auch das darauf eingeräumte Pfandrecht nur ein widerrufliches oder auflösbar bedingtes sein. Der Pfandvertrag kann übrigens, wie jeder andere Vertrag, auch durch einen Bevollmächtigten abgeschlossen werden, setzt zwar jedenfalls auch die geschehene Annahme voraus (§. 861), kann aber sowohl von der einen als von der andern Seite auch durch eine stillschweigende Willenserklärung (§. 863) zu Stande kommen[2]).

7. Ein bereits erworbenes Pfandrecht kann gleich anderen, nicht in bloß persönlichen Verhältnissen gegründeten Rechten, im Wege der Erbfolge an jemanden übergehen (§§. 531 und 532), oder den Gegenstand eines besonderen Vermächtnisses bilden (§§. 535, 653 und 662). Es kann aber auch durch eine letztwillige Anordnung erst bestellt werden (§. 653).

§. 451.

Erwerbungsart des Pfandrechtes:
a) durch körperliche Uebergabe;
b) durch Einverleibung in die öffentlichen Bücher;

Um das Pfandrecht wirklich zu erwerben, muß der mit einem Titel versehene Gläubiger die verpfändete Sache, wenn sie beweglich ist, in Verwahrung nehmen, und, wenn sie unbeweglich ist, seine Forderung auf die zur Erwerbung des Eigenthumes liegender Güter vorgeschriebene Art einverleiben lassen. Der Titel allein gibt nur ein persönliches Recht zu der Sache, aber kein dingliches Recht auf die Sache.

§. 452.

c) durch symbolische Uebergabe;

Bei Verpfändung derjenigen beweglichen Sachen, welche keine körperliche Uebergabe von Hand zu Hand zulassen, muß man sich, wie bei der Uebertragung des Eigenthumes (§. 427), solcher Zeichen bedienen, woraus jedermann die Verpfändung leicht erfahren kann. Wer diese Vorsicht unterläßt, haftet für die nachtheiligen Folgen.

§. 453.

d) durch die Vormerkung.

Findet die Einverleibung einer Forderung in die öffentlichen Bücher wegen Mangels gesetzmäßiger Förmlichkeit in der Urkunde nicht Statt; so kann sich der Gläubiger vormerken (pränotiren) lassen. Durch diese Vormerkung erhält er ein bedingtes Pfandrecht, welches, wenn die Forderung auf die oben §§. 438 und 439 angeführte Art gerechtfertiget worden ist, von dem Zeitpuncte des nach gesetzlicher Ordnung eingereichten Vormerkungsgesuches in ein unbedingtes übergeht.

1. In Uebereinstimmung mit §§. 380 und 425 verfügt der §. 451, daß der Titel allein nur ein persönliches Recht zu der Sache, aber kein dingliches Recht auf die Sache gibt, sondern daß, um das Pfandrecht als ein dingliches Recht (§. 447) wirklich zu erwerben, zu dem Titel auch noch eine den gesetzlichen Bestim-

---

[1]) Vgl. jedoch die Ausnahme des §. 456.

[2]) Vgl. den Rechtsfall in der Gaz. dei Trib. 1851, Nr. 94, wo durch Entscheidung des Ober-Ger. vom 11. April 1851 und des obersten Gerichtshofes vom 23. August 1851 auch eine stillschweigende Annahme für giltig erklärt wurde. Hierdurch entsteht das sog. vertragsmäßige stillschweigende Pfandrecht.

mungen entsprechende Erwerbungsart hinzutreten müsse. Dieß fordert sowohl die Sicherheit des Gläubigers, damit der Eigenthümer mit der verpfändeten Sache nicht mehr zu seinem Nachtheile verfügen könne, als das Interesse des Verkehres, damit nicht dritte Personen durch die äußerlich nicht erkennbare Verpfändung einer Sache beeinträchtiget werden.

2. Ausnahmsweise entsteht das Pfandrecht ipso jure, ohne daß es dazu eines besonderen Erwerbungsactes bedarf, sobald die allgemeinen Bedingungen, nämlich eine gewisse Forderung, die das Gesetz mit dem Pfandrechte versieht, und eine Sache, an der dieses Pfandrecht haften soll, vorhanden sind. Das Gesetz gibt in diesen Fällen nicht nur den Titel zum Pfandrechte (§. 449), sondern es supplirt auch die sonst erforderliche Erwerbungsart. Dadurch entsteht das sog. stillschweigende gesetzliche Pfandrecht (hypotheca tacita legalis), welches aber die österreichische Gesetzgebung, da es der Sicherheit des Verkehres in hohem Grade nachtheilig ist, mehr und mehr beschränkt hat. Es tritt bloß in den Fällen der §§. 150, 409 und 1001 des b. G. B. ein, dann bei den nicht länger als drei Jahre rückständigen Steuern und Gebühren; bei den Zollgebühren, dem Lagerzins und der Verbrauchsabgabe von Tabak, bei der Haftung für die durch eine Gefällsübertretung verwirkten Strafen, bei den aus dem Dienstverhältnisse entspringenden Aerarialforderungen, bei den Concurrenzbeiträgen, bei den vom Staate gegebenen Vorschüssen an Brotfrüchten, bei den dreijährigen Rückständen an gutsherrlichen Abgaben, bei den aus der Grundentlastung hervorgehenden Entschädigungsrenten und dem an die Stelle derselben tretenden Capitale, bei den Feuerlöschkosten, den Beerdigungskosten verstorbener Sträflinge und den Löhnungen der Schiffsmannschaft. In allen andern Fällen entsteht aber auch dasjenige Pfandrecht, für welches (bloß) der Titel im Gesetze gelegen ist, erst durch die hinzutretende Erwerbungsart. So erlischt das den Uebertragungsgebühren durch §. 72 des Gebührengesetzes und §§. 11 und 17 der Verordnungen vom 9. Februar und 11. März 1850 eingeräumte Vorrecht nach 3 Jahren von dem Zeitpunkte an, mit welchem die Gebühr zufolge des Zahlungsauftrages von dem Steuerpflichtigen hätte berichtiget werden sollen, unbeschadet des dem Staatsschatze zustehenden Forderungsrechtes gegen den Steuerpflichtigen (§. 9 des Ges. vom 9. Februar 1850). Erfolgt die Zahlung nicht zur gehörigen Zeit, so ist der vorgeschriebene Gebührenbetrag auf Verlangen des zur Einhebung der Gebühr beauftragten Amtes in den öffentlichen Büchern, wo solche bestehen, ersichtlich zu machen. Ist in einem solchen Falle durch Ablauf der Zeit das Vorrecht des Staatsschatzes erloschen, so verbleibt der Betrag der Gebühr doch mit derjenigen Priorität auf dem liegenden Gute haftend, welche dem Zeitpunkte der Eintragung dieses Betrages in die öffentlichen Bücher entspricht (§. 14 der Minist. Vdg. vom 3. Mai 1850, Nr. 181 des R. G. Bl.). Die erwähnte Ersichtlichmachung hat nach der Minist. Vdg. vom 13. December 1852, Nr. 256 des R. G. Bl., nur in der, durch die bestehenden Gesetze zur Erlangung eines dinglichen Rechtes auf ein unbewegliches Gut überhaupt vorgeschriebenen Art, beziehungsweise dort, wo ordentliche Bücher bestehen, nur im Wege der Intabulation oder Pränotation, keinesfalls aber mittelst einer bloßen Anmerkung in dem öffentlichen Buche stattzufinden [1]).

3. Abgesehen von der eben erörterten Ausnahme liegt die Erwerbungsart des Pfandrechtes, da sich bei demselben keine ursprüngliche, sondern bloß eine abgeleitete Erwerbung (I. Bd. S. 471) denken läßt, in der rechtlichen Uebergabe und Uebernahme, d. i. in der den gesetzlichen Vorschriften entsprechenden Uebertragung der Gewahrsame (vgl. I. Bd. S. 505). Was die Form dieser Uebertragung an-

---

[1]) Eine solche Eintragung kann natürlich nicht mehr stattfinden, wenn derjenige, gegen den sie beabsichtigt wird (der Steuerpflichtige), nicht mehr als Eigenthümer der bezüglichen Realität im öffentlichen Buche erscheint, sondern wenn diese mittlerweile schon in andere Hände übergegangen ist. S. die Entscheidungen des obersten Gerichtshofes v. 14. Juli 1858, Z. 7302, und v. 24. November 1858, Z. 13126, in Nr. 13 der allg. österr. Ger. Ztg. J. 1859.

belangt, so muß auch hier, wie beim Eigenthume, zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen, und in Ansehung der ersteren wieder zwischen der richterlichen Pfändung und zwischen den anderweitigen Gattungen des Pfandrechtes unterschieden werden.

4. Bei der Erwerbung des Pfandrechtes auf bewegliche Sachen muß der mit was immer für einem Titel zum Pfandrechte versehene Gläubiger — abgesehen wie gesagt von dem unter Z. 6 zu erörternden Falle der richterlichen Pfändung — die verpfändete Sache in der Regel in Verwahrung nehmen (§§. 451 und 1368), es muß also eine körperliche Uebergabe (eine Uebergabe von Hand zu Hand) Platz greifen (vgl. §. 426 des b. G. B. und I. Bd. S. 505). Wiewohl aber diese die Regel bildet, so hat das Gesetz doch ausnahmsweise (§. 452) bei Sachen, welche eine körperliche Uebergabe ihrer Beschaffenheit nach (im Sinne des §. 427 des b. G. B.) nicht zulassen, eine Uebergabe durch Zeichen (simbolische Uebergabe) gestattet, hinsichtlich deren die oben (I. Bd. S. 506) gemachten Bemerkungen zu wiederholen kommen. Die hierbei gewählten Zeichen sollen von der Art sein, daß jedermann daraus die geschehene Verpfändung leicht erfahren kann (§. 452), was wohl in jedem einzelnen Falle der Beurtheilung des Richters mit Rücksicht auf die Beschaffenheit des Gegenstandes und die anderweitigen obwaltenden Umstände überlassen bleiben muß. Insbesondere dürfte zur Verpfändung von Forderungen die Uebergabe des Schuldscheines (mag dieser auf den Ueberbringer, oder auf einen bestimmten Namen lauten)[1]), wenn aber ein solcher nicht vorhanden ist, die Verständigung des Schuldners von der geschehenen Verpfändung genügen[2]). Bei öffentlichen Obligationen wird häufig auch eine Vinculirung vorgenommen, und sie ist bei Aerarial-Contracten, wenn die als Caution zu erlegenden Staatspapiere auf den Ueberbringer lauten, sogar vorgeschrieben (nied. österr. Rggs. Vdg. vom 26. August 1830)[3]). Solche Vinculirungen können nach dem Hfkzld. vom 26. April 1828 (pol. G. S. Bd. 56, S. 101) nicht von den politischen Behörden, sondern nur im Wege der betreffenden Gerichtsbehörde bewilliget, und auch im gleichen Wege wieder aufgehoben werden[4]). Das Verfahren bei der Pfändung von öffentlichen Obligationen und den Zinsen derselben ist durch die Minist. Vdg. vom 2. Juli 1859, Nr. 120 des R. G. Bl., in nachstehender Weise geregelt: Jede gerichtliche Verordnung, durch welche ein Verbot oder eine Execution (Pfändung, Einantwortung oder Erfolglassung) von öffentlichen, auf bestimmte Namen lautenden oder durch Vinculirung für einen bestimmten Zweck gewidmeten öffentlichen Obligationen, in Rücksicht des Capitals oder der Zinsen bewilliget oder aufgehoben wird, ist vom Gerichte der öffentlichen Casse, bei welcher das Capital angelegt ist, zuzustellen und zugleich der Behörde, welcher die erstere Casse unmittelbar untergeordnet ist, von Amtswegen bekannt zu machen. Ist aber die Zinsen- oder Capitalszahlung

---

[1]) Vgl. I. Bd. S. 506 Anmerkung 1 und 2 und den daselbst angeführten Aufsatz von Nippel, sowie dessen Erläut. Bd. 3, S. 458.

[2]) Vgl. den in der a. öst. Ger. Ztg. 1852, Nr. 45 dargestellten Rechtsfall. Dem A war aus dem Nachlasse des B eine 4percent. Obligation pr. 1000 fl. als Vermächtniß zugewendet worden. A verpfändete dieses Legat dem C, und übergab ihm zu diesem Behufe eine ordentlich ausgefertigte Pfandurkunde (§. 1370), so wie er auch den Erben hiervon gerichtlich verständigen ließ. Später erwirkte E die executive Pfändung auf die gedachte, von dem Erben bei der Abhandlungsinstanz hinterlegte Obligation, und überreichte gegen den früheren Pfandgläubiger C eine Klage, worin er zu erkennen bat: C sei schuldig, zu gestatten, daß er (Kläger) die Befriedigung seiner Forderung an A aus dem gerichtlich hinterlegten Vermächtnisse erhalte. Die erste Instanz wies den Kläger mit seinem Begehren zurück, und der oberste Gerichtshof bestätigte mit Urtheil v. 14. August 1851, Z. 6823, diese Entscheidung, wohl von der Ansicht ausgehend, daß zur Erwerbung des Pfandrechtes die Verständigung des Erben genügte, eine weitere Anmerkung auf dem Testamente oder Inventar aber, die das Obergericht für nöthig erachtet hatte, keineswegs erforderlich sei. Auch die Uebergabe einer Pfandurkunde scheint uns nicht wesentlich, da der Pfandvertrag nach §. 883 eben so wohl mündlich als schriftlich abgeschlossen werden kann, und der §. 1370 dem Pfandgeber nur zu seiner eigenen Sicherheit das Recht einräumt, die Ausstellung eines Pfandscheins zu fordern.

[3]) Nur wenn die Dauer des Contracts-Verhältnisses nicht über ein Jahr währt, ist diese Vinculirung gegen Einlegung der Obligationen mittelst einer eigenen Widmungsurkunde erlassen (Hfkmr. Entsch. vom 19. Juli 1842, Z. 29092; bei Ellinger, Handb. S. 184). Auch Schuldverschreibungen der Lottoanlehen aus den J. 1834 und 1839 können auf die Dauer mehrerer Jahre ohne Viculirung als Caution unter Einlegung einer Widmungsurkunde angenommen werden (Hfkmrd. vom 7. Februar 1848, Z. 2922).

[4]) Wie die Devinculirung von Staatsschuldverschreibungen vorzunehmen sei, bestimmt gegenwärtig der Fin. Min. Erl. vom 15. Februar 1860, Nr. 41 des R. G. Bl.

auf eine andere Casse, als bei welcher das Capital angelegt ist, überwiesen, so muß dieser Umstand von dem Verbots- oder Executionswerber dem Gerichte bekannt gegeben werden, damit die gerichtliche Verordnung auch noch jener Casse zugestellt werden kann; widrigens dieselbe nicht haftet, wenn sie die Zinsen oder das Capital hinausbezahlt hätte, bevor sie in anderem Wege von der gerichtlichen Verordnung ämtlich in Kenntniß gesetzt wurde. Die Casse hat ungesäumt die gerichtliche Verordnung einstweilen vorzumerken, dieselbe aber erst nach schriftlicher Anordnung der ihr vorgesetzten Behörde in Vollzug zu setzen. Diese Vorschrift hat auf die oben bezeichneten öffentlichen Obligationen auch dann Anwendung zu finden, wenn dieselben gerichtlich deponirt sind, keineswegs aber auf solche öffentliche Obligationen, die auf Ueberbringer lauten und nicht zu einem bestimmten Zwecke vinculirt sind. Derjenigen Partei, welche die gerichtliche Bewilligung erwirkt hat, kommt das dieser Bewilligung entsprechende Recht, in der Regel von der Zeit der an die Casse erfolgten Zustellung der Bewilligung zu. Dasselbe gilt in dem Falle, wenn derlei Obligationen gerichtlich deponirt sind, auch rücksichtlich der bei einer öffentlichen Casse nicht mittelst Coupons zu erhebenden Zinsen. In Ansehung der Obligation selbst aber wird das einer Partei durch die gerichtliche Bewilligung zugesprochene Recht, gleichwie bei gerichtlich deponirten, auf Ueberbringer lautenden und nicht vinculirten Obligationen und bei Coupons, schon von dem Zeitpunkte an erworben, wo das Gesuch um diese gerichtliche Verfügung bei dem Gerichte, in dessen Verwahrung sich diese Depositen befinden, überreicht oder angebracht worden ist. Wären Bewilligungen zu Gunsten verschiedener Personen in Ansehung der nämlichen Sache der Casse gleichzeitig zugestellt worden, oder wären Gesuche um gerichtliche Verfügung in Ansehung gerichtlich deponirter Obligationen oder Coupons von verschiedenen Personen gleichzeitig bei Gerichte überreicht oder angebracht worden, so hat das der Bewilligung entsprechende Recht allen diesen Personen unter sich von der gleichen Zeit an zuzukommen. Ueber das Verfahren, welches in dem Falle einer Executionsführung auf eine jemandem wider das Aerar oder einen unter öffentlicher Verwaltung stehenden Fond gebührende Forderung stattzufinden hat, bestimmt die Minist. Vdg. vom 9. Mai 1860, Nr. 125 des R. G. Bl.: Jede gerichtliche Verordnung, durch welche ein Verbot oder eine Execution auf eine Forderung, welche einem Privaten aus dem Staatsschatze oder aus einem unter öffentlicher Verwaltung stehenden Fonde gebühren kann, bewilligt oder aufgehoben wird, hat das Gericht von Amtswegen sowohl der Casse, aus welcher nach Angabe des Klägers sein Gegner die Zahlung anzusprechen haben soll, als auch der Behörde bekannt zu geben, welcher diese Casse unmittelbar untersteht. Die richtige Angabe der Casse, an welche die Zustellung zu geschehen hat, liegt dem ansuchenden Gläubiger auf seine Gefahr ob. Die Casse hat in jedem Falle auf der gerichtlichen Verordnung selbst sogleich nach ihrem Einlangen den Zeitpunkt der an die Casse erfolgten Zustellung (mit genauer Angabe von Tag und Stunde), sowie die Geschäftszahl, unter welcher sie im Einreichungsprotokolle der Casse eingetragen wurde, anzumerken, und sie zugleich in ihren Büchern auf die vorgeschriebene Weise in Vormerkung zu nehmen. Erachtet die Casse, daß gegen den Vollzug der Verordnung Anstände bestehen, so hat sie dieselben unverzüglich der ihr unmittelbar vorgesetzten Behörde anzuzeigen. Von der Zeit der an die Casse erfolgten Zustellung einer gerichtlichen Verbots- oder Executionsverordnung hat dieselbe mit der Zahlung des in Verbot oder Execution gezogenen Betrages selbst dann, wenn die Zahlung bereits angewiesen wäre, bis auf weitere Weisung der ihr unmittelbar vorgesetzten Behörde inne zu halten; die gerichtliche Verordnung selbst aber darf sie erst nach schriftlicher Anordnung der ihr unmittelbar vorgesetzten Behörde in Vollzug setzen. Die der Casse unmittelbar vorgesetzte Behörde hat die Ausführbarkeit des Vollzuges der ihr mitgetheilten gerichtlichen Verbots- oder Executionsbewilligung zu prüfen, oder diese Prüfung durch die zuständige Behörde zu veranlassen, und hat, je nach dem Ergebnisse dieser Prüfung, entweder

der Casse den Vollzug der Verordnung aufzutragen und dieß dem Gerichte mitzutheilen, oder aber dem Gerichte die Hindernisse des Vollzuges seiner Verordnung zur Verständigung des Verbots- oder Executionswerbers zu eröffnen und der Casse die Löschung der Vormerkung aufzutragen. Wird die Zahlung einer solchen Forderung auf eine andere Casse überwiesen, so müssen dieser Casse zugleich bei der Ueberweisung die in Ansehung dieser Forderung vorgemerkten gerichtlichen Verbots- und Executionsverordnungen von Amtswegen bekannt gegeben werden. Derjenigen Partei, welche die gerichtliche Verordnung erwirkt hat, kommt das dieser Verordnung entsprechende Recht, wenn der Vollzug derselben ausführbar ist, von dem Zeitpunkte der an die Casse erfolgten Zustellung der gerichtlichen Verordnung zu. Sind Verordnungen zu Gunsten verschiedener Personen in Ansehung der nämlichen Forderung der Casse gleichzeitig zugestellt worden, so hat das der Verordnung entsprechende Recht allen diesen Personen unter sich von der gleichen Zeit an zuzukommen. In einem solchen Falle hat aber die Casse mit der Zahlung dieser Forderung einstweilen inne zu halten, und die Weisung der ihr unmittelbar vorgesetzten Behörde einzuholen. — Die Verpfändung deponirter Gelder und sonstigen Effecten wird durch Anmerkung in den Depositenbüchern vorgenommen [1]. — Bei der Verpfändung von Besoldungen, Pensionen und anderen ähnlichen Bezügen, insoweit sie überhaupt zulässig sind (s. oben S. 4 und 5), dürften dieselben Vorschriften, wie bei zu verpfändenden Forderungen gelten. Nur in Ansehung der k. k. Pensionisten, Quiescenten und Provisionisten wurde schon oben (S. 4 u. 5) bemerkt, daß eine Verpfändung ihrer Zahlungsbögen eben so wenig statthaft ist, als bei den Besoldungsbögen der wirklich dienenden Staatsbeamten (Hfkzld. vom 21. Juni und 24. December 1840, Nr. 450 und 487 der J. G. S.). Der Gläubiger hat sich daher in einem solchen Falle nach dem Hfkr. Circ. vom 11. October 1831, F. 1468 an den Personalrichter des Pensionisten u. s. w. zu wenden, damit das ihm eingeräumte Recht bei der betreffenden öffentlichen Casse vorgemerkt werde. Der Richter hat, wenn kein Anstand obwaltet, sogleich den Gegentheil und die öffentliche Casse hiervon in Kenntniß zu setzen, und ebenso jene Behörde, welcher die Casse untergeordnet ist, zu verständigen. — In Ansehung der Verpfändung von Früchten und Gefällen wird bei §. 457 das weitere bemerkt werden. — Auf verkäufliche Gewerbe können nach der Minist. Vdg. vom 6. März 1859, Z. 8306 (Vdgs. Bl. des Handels-Min. J. 1859, Nr. 18) Pfandrechte nicht durch Eintragung in die zur Evidenzhaltung dieser Gewerbe bestimmten Vormerkbücher erworben werden. Diese Bestimmung stützt sich nach einer Erläut. des Minist. des Inneren vom 10. Mai 1860, Z. 13067 (Verwalt. Zeitschr. Vdgs. Bl. vom J. 1860, Nr. 221), auf die Natur dieser Gewerbe, welche bewegliche Sachen sind, bei denen nach den Bestimmungen des a. b. G. B. die Eintragung in die öffentlichen Bücher nicht wie bei unbeweglichen Sachen die Erwerbungsart dinglicher Rechte ist. Die Eintragungen in die Vormerkbücher über verkäufliche Gewerbe können daher nicht die Natur von Intabulationen und Pränotationen haben. Jene Bücher sind keine Credits-Institute, sondern nur dazu bestimmt, für gewerbspolizeiliche Zwecke eine Uebersicht der Zahl und Gattung der bestehenden verkäuflichen Gewerbe zu gewähren. Insofern aber in den älteren Protokollen über verkäufliche Gewerbe und dort, wo sie früher in den Grundbüchern eingetragen waren, in diesen solche Pfandrechte bei einzelnen verkäuflichen Gewerben bereits eingetragen waren, sollen, da die vollständige Uebertragung des Besitzstandes

---

[1]) Vgl. die Entschdg. des obersten Gerichtshofes vom 7. Februar 1855, Z. 13830. in Nr. 96 der allg. öst. Ger. Ztg. v. J. 1859 und in Glaser's und Unger's Sammlg. Nr. 973. „Bei Verpfändung beweglicher Sachen — heißt es in den dießfälligen Entscheidungsgründen — die nicht von Hand zu Hand übergeben werden können, darunter die in öffentlichen Cassen und Depositenämtern aufbewahrten Effecten, muß man sich, damit das Pfandrecht wirklich entstehe, solcher Zeichen bedienen, woraus jedermann die Verpfändung leicht erfahren kann. Als ein Zeichen dieser Art kann aber weder die Ueberreichung des Gesuches um Pfändung solcher depositirter Effecten, noch der richterliche Pfändungsbescheid, sondern nur die Anmerkung der bewilligten Pfändung in den Büchern der betreffenden Casse oder Depositenanstalt angesehen werden.“

aus den alten in die neuen Bücher stattzufinden hat, auch die früheren Eintragungen von derlei Pfandrechten in den neuen Vormerkbüchern ersichtlich gemacht werden. Was bereits geschehen ist, soll durch die Uebertragung in die neuen Bücher nicht alterirt werden, den Gerichten aber bleibt es, wenn es sich um die Durchführung von Rechtsforderungen handeln sollte, zu beurtheilen überlassen, welche Rechtswirkungen an die obenerwähnten, aus den älteren Büchern übertragenen Vormerkungen geknüpft werden können. Neue Eintragungen von Pfandrechten auf verkäufliche Gewerbe in die Protokolle über letztere sind jedoch für die Zukunft ausgeschlossen. — Sachen, die bereits jemandem durch körperliche Uebergabe verpfändet sind, insbesondere auch solche, die in einer öffentlichen Leihanstalt versetzt wurden, können wieder weiter verpfändet werden, wenn der Pfandgeber den vom Gläubiger erhaltenen Pfandschein (Versatzzettel) seinem zweiten Gläubiger einhändigt [1]). — Bei Gesammtsachen bezieht sich das Pfandrecht nur auf das Ganze als solches und wird durch den Wechsel der einzelnen Bestandtheile nicht berührt (vgl. I. Bd. S. 390), es braucht daher auch die Bezeichnung sich nicht auf jedes einzelne Stück (z. B. einer Büchersammlung, eines Waarenlagers) zu erstrecken [2]). Würde dagegen die Uebergabe durch Zeichen gänzlich unterlassen, oder würden solche Zeichen gewählt, welche nicht jedermann deutlich erkennen lassen, daß die Sache verpfändet wurde, so ist kein Pfandrecht erworben. Wenn dennoch die Sache später an einen dritten veräußert oder verpfändet würde, so müßte das bloß persönliche Recht desjenigen, dem dieselbe ohne gehörige Uebergabe als Pfand bestellt wurde, dem später erworbenen dinglichen Rechte weichen [3]), und zwar, wie wir glauben, ohne Unterschied ob der dritte um die vorausgegangene Verpfändung wußte oder nicht (vgl. I. Bd. S. 509, Z. 2) [4]). Der Gläubiger wird sein Recht auf die Sache nicht geltend machen können und eben dadurch leicht zu Schaden kommen. Hierfür hat nun derjenige zu haften, der die vorgeschriebene Vorsicht unterlassen hat. Dieß kann wohl nur der Verpfänder sein, der sohin verpflichtet wäre, dem Gläubiger ein anderes angemessenes Pfand zu bestellen (§. 458) [5]).

5. Bei der Uebertragung des Eigenthumes hat das Gesetz (§. 428) auch eine Uebergabe durch Erklärung für zuläßig erkannt (vgl. 1. Bd. S. 508) und diese wird auch bei der Einräumung eines Pfandrechtes als statthaft erscheinen, insofern das phisische Verhältniß, welches durch die Uebergabe hergestellt werden soll, bereits besteht, also bei der sog. traditio brevi manu, wenn der Pfandgeber auf eine

---

[1]) S. Nippel, Erläut. Bd. 3, S. 462.

[2]) S. Nippel, Erläut. Bd. 3, S. 460.

[3]) In dem in Nr. 3 der Ger. Halle vom J. 1857 mitgetheilten Rechtsfalle hatte A dem B sämmtliche in seiner Druckerei befindlichen Maschinen, Pressen und Schriftenvorräthe, wie sie in dem der Schuldurkunde angeschlossenen Inventare verzeichnet waren, und wie sie allenfalls durch neue Anschaffungen verändert, vermehrt oder erneuert würden, verpfändet. Diese Gegenstände wurden im Beisein von Zeugen dem Gläubiger mit der Erklärung übergeben, daß die erfolgte Aushändigung der Schuldurkunde und des derselben angeschlossenen Inventars die Stelle der körperlichen Uebergabe der Pfandeffecten mit der vollen gesetzlichen Wirkung des Pfandrechtes zu vertreten habe, und daß diese Gegenstände in Verwahrung des Schuldners verbleiben sollen. Später erwarb C auf dieselben Buchdruckerei-Requisiten ein executives Pfandrecht. Aus Anlaß eines hierüber entstandenen Rechtsstreites erkannte der oberste Gerichtshof, daß B den Titel zum Pfandrechte auf die Druckerei-Requisiten des A durch die oberwähnte Schuldurkunde allerdings nachgewiesen habe, daß ihm jedoch die Nachweisung der Erwerbungsart mangle, wie solche in den §§. 451 und 458 des a. b. G. B. vorgeschrieben ist. Denn wenn auch die zum Pfande verschriebenen Druckerei-Requisiten keine Uebergabe von Hand zu Hand gestatten, und als eine Gesammtsache anzusehen sind, so hätte doch zur Pfandrechtserwerbung nach §. 452 b. G. B. die Uebergabe durch Zeichen, wie solche im §. 427 ebd. bestimmt sind, woraus jedermann die Verpfändung leicht erfahren konnte, eintreten sollen, was aber nicht der Fall war. Die bloße Uebergabe der Urkunde sammt dem beigefügten Inventare kann als eine dem Gesetze entsprechende Uebergabe der verpfändeten Gegenstände um so weniger angesehen werden, als B ohne Uebergabe gar keinen Titel zum Pfandrechte erlangt haben würde, mithin die Einhändigung der Verpfändungsurkunde nur die Einräumung des Titels zum Pfandrechte bewirkt, und nicht zugleich als wirkliche oder simbolische Uebergabe der verpfändeten Sachen gelten kann, weil nach dem Sinne des Gesetzes nebst der Uebergabe jener Urkunde noch weiters die phisische oder simbolische Uebergabe der Pfandstücke erfordert wird, welche durch die Uebergabe der Urkunde nicht bewirkt wird.

[4]) Anderer Meinung ist Winiwarter, bürg. Recht Bd. 2, S. 424.

[5]) Winiwarter (bürg. Recht Bd. 2, S. 242) meint, daß zunächst dem Pfandgläubiger obliege, dafür zu sorgen, daß die geschehene Verpfändung jedermann erkennbar werde; allein später sagt er selbst (S. 243), daß der Ausdruck „haften“ mehr auf den Besitzer der Sache, als auf denjenigen passe, dem die Sache verpfändet werden sollte; und in der That hat ja der Verpfänder die Sache zu übergeben, mithin auch die erforderliche Bezeichnung vorzunehmen, ohne welche eine Uebergabe in dem vorausgesetzten Falle nicht Platz greifen kann.

erweisliche Art seinen Willen an den Tag legt, daß der Pfandgläubiger die Sache, die er bisher ohne ein dingliches Recht (z. B. als Entlehner) inne hatte, künftig als Pfand besitzen solle [1]). Dagegen dürfte die bloße Erklärung des Pfandbestellers, daß er die Sache künftig im Namen des Pfandgläubigers inne haben werde (bei dem sog. constitutum possessorium) nicht als ein genügendes Zeichen anzusehen sein, woraus jedermann die Verpfändung leicht erfahren kann [2]).

Ueber die Bestellung eines Faustpfandes bei **Handelsgeschäften** ordnet der Art. 309 des Handelsgesetzbuches an: Die zur Bestellung eines Faustpfandes in dem bürgerlichen Rechte vorgeschriebenen Förmlichkeiten sind nicht erforderlich, wenn unter Kaufleuten für eine Forderung aus beiderseitigen Handelsgeschäften ein Faustpfand an beweglichen Sachen, an Papieren auf Inhaber, oder an Papieren, welche durch Indossament übertragen werden können, bestellt wird. In diesem Falle genügt neben der einfachen Vereinbarung über die Verpfändung: 1. bei beweglichen Sachen und bei Papieren auf Inhaber die Uebertragung des Besitzes auf den Gläubiger, wie solche nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes für das Faustpfand erfordert wird; 2. bei Papieren, welche durch Indossament übertragen werden können, die Uebergabe des indossirten Papieres.

Sollen in einem **öffentlichen Lagerhause** aufbewahrte Waaren als Pfand bestellt werden, so ordnet der §. 12 der Min. Vdg. v. 19. Juni 1866, Nr. 86 des R. G. Bl., an: Die Bestellung eines Pfandrechtes an den lagernden Waaren kann bei den an Ordre lautenden Lagerscheinen, gleichviel ob die Forderung unter Kaufleuten aus beiderseitigen Handelsgeschäften hervorgegangen oder nicht, entweder a) in Gemäßheit des Art. 309 H. G. B. durch die Uebergabe des indossirten Lagerscheines erfolgen, oder sie kann b) durch den Inhalt des Indossements besonders ersichtlich gemacht werden, indem durch dessen Wortlaut hervorgehoben wird, daß die Abtretung des Lagerscheines nicht zum Zwecke der Eigenthumsübertragung, sondern lediglich zum Behufe der Verpfändung der lagernden Waare geschehen ist. — Jedem Betheiligten steht es frei, unter Vorweisung des Lagerscheines zu verlangen, daß eine solche aus dem Indossement ersichtliche Verpfändung von der Anstalt wörtlich in das Juxtabuch (§. 10) übertragen werde.

6. Hinsichtlich der Erwerbung des **richterlichen Pfandrechtes** auf bewegliche Güter bestimmen die §§. 341—343 der a. G. O. (§§. 453—456 der gal. und §§. 440—443 der ital. G. O.), daß der Richter die bewilligte gerichtliche Pfändung einem Gerichtsbedienten aufzutragen habe. Dieser ist sohin verpflichtet, sich zu dem Beklagten zu begeben, ihm eine Abschrift der verwilligten Pfändung zuzustellen, und die in die Pfändung gezogenen Sachen genau zu **beschreiben, wodurch der Kläger auf solche ein wirkliches Pfandrecht erlangt.** Dem Kläger steht es frei, zu begehren, daß die gepfändeten Güter auf seine Gefahr einem dritten in die Verwahrung gegeben, oder wenn es kostbare und leicht zu übertragende Sachen wären, in gerichtliche Verwahrung gebracht (**transferirt**), oder bei dem Geklagten selbst versperrt und die Sperre durch Aufdrückung des Gerichtsinsiegels auf deren Behältniß versichert werde. Wenn er es aber nicht verlangt, so bleiben die gepfändeten Güter mittlerweile dem Beklagten zur Besorgung und zum Gebrauche überlassen. Wenn endlich gepfändete Fahrnisse, welche in der Verwahrung des Schuldners oder unter dem Gerichtssiegel in seiner Wohnung geblieben sind, **neuerlich** in die Pfändung gezogen werden, so ist der neuere Pfandgläubiger zufolge Hfd. vom 25. Jänner 1823, Nr. 1921 der J. G. S., ohne Vernehmung derjenigen, die vor ihm die Pfändung erwirkt haben, diese Fahrnisse einem dritten in Verwahrung zu geben nicht berechtigt; dem Ermessen des Richters bleibt jedoch überlassen, auch die dinglichen Rechte der nachfolgenden Gläubiger, soweit es ohne Nachtheil der vorhergehenden geschehen kann, zu versichern, und insbesondere die Pfänder, wenn es die Beschaffenheit derselben erlaubt, in gerichtliche Verwahrung zu nehmen, oder sie, wenn dem älteren Pfandgläubiger von dem anderen Sicherheit geleistet wird, dem von dem letzteren benannten dritten anzuvertrauen. Hieraus erhellet, daß bei dem **gerichtlichen** Pfandrechte die **Erwerbungsart** in der nach den Vorschriften der G. O. vorgenommenen **Beschreibung** der gepfändeten Güter des Executen

---

[1]) S. Zeiller, Comment. Bd. 2, S. 258; Nippel, Erläut. Bd. 3, S. 462; Winiwarter, bürg. Recht Bd. 2, S. 244; Mattei, Comment. Vol. II, pag. 389.
[2]) Anderer Meinung ist Nippel, Erläut. Bd. 3, S. 463.

besteht und daß es bei derselben ausnahmsweise weder einer körperlichen Uebergabe (Transferirung) noch einer Uebergabe durch Zeichen (z. B. durch Aufdrückung des Gerichtssiegels) bedürfe. Es läßt sich dießfalls nicht behaupten [1]), daß die eben erörterten Vorschriften der G. O. durch das a. b. G. B. außer Wirksamkeit gesetzt worden seien, und daß daher auch ein gerichtliches Pfandrecht nur durch Transferirung oder Anlegung der Sperre und Aufdrückung des gerichtlichen Siegels erworben werden könne, denn der §. 450 sagt ausdrücklich: „inwiefern das Gericht ein Pfandrecht einräumen könne, bestimmt die Gerichtsordnung," verweist also auf die Vorschriften dieses Gesetzes nicht nur in Ansehung des Titels zum Pfandrechte, sondern auch in Hinsicht auf die Erwerbung (Einräumung) desselben. Eine Bestätigung dieser Ansicht findet sich auch in dem Hfd. vom 1. August 1828, welches über die Anfrage: ob ein in Execution verfallener Schuldner durch Verzehrung oder Veräußerung seiner von dem Gläubiger gepfändeten Fahrnisse ein Verbrechen begehe, auf den §. 163 und §. 178, lit. f des I. Thls. des St. G. B. v. J. 1803 (§. 183 des neuen St. G. B.) mit der Bemerkung verwies, „daß von dem Gläubiger gepfändete, aber in der Verwahrung des Schuldners belassene Fahrstücke allerdings als dem Schuldner anvertraute Sachen zu betrachten seien," was nicht der Fall sein könnte, wenn die in den Händen des Schuldners gelassenen Pfandstücke ein unbeschränktes Eigenthum desselben wären [2]).

7. Im Falle collidirender Pfandrechts-Ansprüche gebührt nach der Analogie des §. 430 demjenigen das Vorzugsrecht, dem die verpfändete Sache zuerst übergeben wurde, wobei auf die im I. Bd. S. 509 gemachten Bemerkungen zu verweisen kömmt. Bei dem richterlichen Pfande gibt die frühere pfandweise Beschreibung den Ausschlag [3]). Werden auf die nämliche Besoldung oder Pension mehrere Verbote geführt, so hat nach dem Hfd. vom 7. September 1790 (Kropatsch. G. S. Bd. 3, S. 39) derjenige den Vorrang, der aus einem Urtheile oder gerichtlichen Vergleiche im ordentlichen Executionswege zuerst das Pfandrecht erwirkt hat. Bei der Pfändung von Geldbeträgen und Werthpapieren, die in einer öffentlichen Casse deponirt sind, richtet sich die Priorität nach der Zeit der Zustellung des die Pfändung bewilligenden Bescheides an die betreffende Casse, weil selbst der wachsamste Gläubiger nichts weiter thun kann, als dafür sorgen, daß sein Gesuch um Ertheilung des Pfandrechtes früher an die competente Behörde gelange, während alles übrige, und namentlich die ordnungsmäßige Erledigung der Gesuche nach der Reihe ihrer Einlangung nicht mehr von ihm abhängt [4]).

8. Zur Erwerbung des Pfandrechtes auf unbewegliche Güter muß die Forderung des Pfandgläubigers auf die zur Erwerbung des Eigenthumes liegender Güter vorgeschriebene Art den öffentlichen Büchern einverleibt werden (§. 451). Dieß gilt sowohl bei dem freiwilligen als bei dem richterlichen Pfande, denn in Ansehung des letzteren verfügen die §§. 322 der a., §. 426 der galiz. und §. 415 der ital. G. O., daß, wenn der Kläger auf ein liegendes Gut die Execution führen wollte, der Richter ihm auf sein Anlangen hierauf das Pfandrecht ertheilen, und

---

[1]) Ist die im §. 342 der a. G. O. angeordnete Beschreibung der zu pfändenden Güter des Executen hinreichend, um auf solche ein wirkliches Pfandrecht zu erwerben? (Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1841, II., S. 354).

[2]) Vgl. Dr. Ellinger: Auch eine Beantwortung der Frage: Ist die im §. 342 der a. G. O. angeordnete Beschreibung der zu verpfändenden Güter des Executen hinreichend, um auf solche ein wirkliches Pfandrecht zu erwerben? (Jurist, Bd. 8, S. 398). — Dr. Wessely (Wolfg.): Ueber den derogirenden Einfluß des a. b. G. B. auf die Vorschrift des §. 342 der a. G. O. (Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1843, I., S. 188), und Kubasta (Andr.): Versuch zur Beantwortung der Frage: Ist die im §. 342 a. G. O. angeordnete Beschreibung der zu pfändenden Güter des Executen hinreichend, um auf solche Art ein wirkliches Pfandrecht zu erwerben? (ebd. 1849, I., S. 264).

[3]) S. den von Dr. Jacob Kompaß dargestellten Rechtsfall und die Bemerkungen des Verf. über die Frage, welche sind die gesetzlichen Erfordernisse zur Erwerbung des Pfandrechtes auf bewegliche Sachen? (Jurist, Bd. 6, S. 415).

[4]) S. die o. S. 22 d. W. angeführte Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 7. Februar 1855, Z. 13830; vgl. aber auch die Entscheidung des k. k. n. ö. Oberlandesgerichtes vom 28. April 1853, Z. 1573, und des obersten Gerichtshofes v. 16. December n. J., Z. 10671, in dem in Nr. 77 der allg. öst. Ger. Ztg. J. 1854 dargestellten Rechtsfalle und die Entscheidung vom 23. März 1859, Z. 3087, in Nr. 117 der allg. öst. Ger. Ztg. v. J. 1859.

verwilligen solle, daß der Spruch oder Vertrag (Vergleich) zu dem Ende der Landtafel oder dem Stadt- oder Grundbuche, wie es jeden Orts gebräuchlich ist, einverleibt werde [1]). Diese Eintragung ist, wie beim Eigenthume, eine zweifache, nämlich eine unbedingte (Einverleibung, Intabulation nach §. 451) oder eine bedingte (Vormerkung, Pränotation nach §. 453).

9. Von der Einverleibung und Vormerkung des Pfandrechtes gilt im allgemeinen alles, was bereits oben (I. Bd., S. 517, 521 uff.) von der Einverleibung und Vormerkung dann der Rechtfertigung der Vormerkung angeführt wurde.

Jedoch sind rücksichtlich des Pfandrechtes noch die folgenden Bestimmungen des allgemeinen Grundbuchsgesetzes maßgebend:

§. 13. Das Pfandrecht kann entweder auf einen ganzen Grundbuchskörper oder, wenn das Eigenthum an demselben für mehrere Personen eingetragen ist, auf den Antheil eines jeden Miteigenthümers, dagegen aber nicht auf einzelne Bestandtheile eines Grundbuchskörpers oder auf einen Theil des einem Miteigenthümer im Grundbuche zugeschriebenen Antheiles eingetragen werden. — Die Uebertragung einer Hypothekarforderung und die Erwerbung des Afterpfandrechtes ist zuläßig hinsichtlich der ganzen Forderung, sowie hinsichtlich eines verhältnißmäßig oder ziffermäßig bestimmten Theiles derselben.

§. 14. Das Pfandrecht kann nur für eine ziffermäßig bestimmte Geldsumme eingetragen werden. Bei einer verzinslichen Forderung muß auch die Höhe der Zinsen eingetragen werden. — Sollen Forderungen, welche aus einem gegebenen Credite, aus einer übernommenen Geschäftsführung, oder aus dem Titel der Gewährleistung oder des Schadenersatzes entstehen können, pfandrechtlich sichergestellt werden, so ist in der Urkunde, auf Grund welcher die Eintragung erfolgen soll, ein Höchstbetrag, bis zu welchem der Credit oder die Haftung reichen soll, anzugeben. — Fehlt die Angabe dieses Betrages in der Urkunde, so muß derselbe in dem Ansuchen ausgedrückt werden. — Hält sich im letzteren Falle derjenige, gegen welchen die Eintragung erwirkt wird, dadurch beschwert, daß ein zu großer Betrag zur Eintragung angegeben wurde, so kann er innerhalb der ihm zustehenden Recursfrist die Verminderung desselben verlangen, worüber das Gericht, von dem die Eintragung bewilligt wurde, nach Einvernehmung der Parteien zu erkennen und den Betrag nach billigem Ermessen festzusetzen hat.

§. 15. Das Pfandrecht kann für dieselbe Forderung ungetheilt auf zwei oder mehrere Grundbuchskörper oder Hypothekarforderungen eingetragen werden (Simultanhypothek). — Der Gläubiger ist in solchen Fällen berechtigt, die Bezahlung der ganzen Forderung aus jeder einzelnen Pfandsache zu verlangen.

§. 16. Das für eine Forderung erworbene Pfandrecht kömmt, abgesehen von besonderen Bestimmungen, auch den Proceß- und Executionskosten zu.

§. 17. Dreijährige Rückstände von Zinsen, welche aus einem Vertrage oder aus dem Gesetze gebühren, genießen gleiche Priorität mit dem Capitale.

§. 18. Den drei Jahre rückständigen Ansprüchen auf jährliche Renten, Unterhaltsgelder und andere wiederkehrende Zahlungen gebührt dieselbe Priorität, welche dem Bezugsrechte selbst zukömmt.

Uebrigens wird rücksichtlich der Vormerkung des Pfandrechtes insbesondere auf den §. 36 des allg. Grundb. Ges. (I. Bd., S. 521 d. W.) und die grundsätzlichen Entscheidungen des obersten Gerichtshofes Nr. 25 und 64 des Spruchrepertoriums (I. Bd., S. 523 d. W.) verwiesen.

10. Eine besondere Vorsorge trifft das allg. Grundb. Ges. auch für jene Fälle, in welchen der Eigenthümer einer Realität einem erst künftig aufzunehmenden Darlehen eine bestimmte Rangordnung sichern will. Dasselbe bestimmt nämlich:

§. 53. Der Eigenthümer ist berechtigt, die bücherliche Anmerkung zu verlangen, daß

---

[1]) Wo keine öffentlichen Bücher bestehen, oder die zu verpfändende Realität in denselben nicht eingetragen erscheint, ist dem Kläger nach der Analogie der §§. 340—342 der a. G. O. die Pfändung gegen Beibringung einer obrigkeitlichen oder andern glaubwürdigen Bescheinigung, daß der Beklagte das Gut wirklich besitze, zu bewilligen, und durch Vornahme der gerichtlichen Beschreibung, wie bei beweglichen Sachen, zu vollziehen, das über die vorgenommene Beschreibung verfaßte Protokoll aber in den Gerichtsacten aufzubewahren. In diesem Sinne erfloß die Entschdg. des obersten Gerichtshofes vom 30. December 1857, Z. 13569 (in der allg. öst. Ger. Ztg. J. 1858, Nr. 32 und in Glaser's und Unger's Sammlung Nr. 494), „weil jedes Vermögen des Schuldners, welches durch keine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung der Execution entzogen ist, exequirt werden kann, eine solche gesetzliche Ausnahme bezüglich der den öffentlichen Büchern nicht inneliegenden Realitäten nicht besteht, folglich bezüglich der Execution derselben, da der §. 322 der a. G. O. nicht angewendet werden kann, nichts anderes erübrigt, als die Vorschriften der §§. 340—342 der a. G. O. in analoger Weise in Anwendung zu bringen." Diese Ansicht scheint uns richtiger als die von einem ungenannten Verfasser in Nr. 43 der allg. öst. Ger. Ztg. J. 1860 aufgestellte Behauptung, daß eine Realexecution auf unbewegliche Güter, für welche eine bücherliche Einlage nicht erwirkt wurde, nach den Vorschriften unserer G. O. gar nicht möglich sei, und daß der Exequent sich damit begnügen müsse, gegen den Executen die Mobilarexecution zu begehren, und weil diese erfolglos bleiben muß, die Güternamhaftmachung zu verlangen, gegen die Namhaftmachung der Realität aber zu protestiren, weil das Eigenthum auf dieselbe nicht nachgewiesen ist, und sohin den Personalarrest zu erwirken.

er seine Liegenschaft veräußern oder ein Darlehen, dessen Betrag anzugeben ist, darauf aufnehmen wolle, um die bücherliche Rangordnung vom Zeitpunkte dieses Ansuchens für die in Folge dieser Geschäfte einzutragenden Rechte zu begründen. Mit gleicher Rechtsfolge kann ein Hypothekargläubiger die Anmerkung der beabsichtigten Abtretung oder Löschung seiner Forderung verlangen. Die Anmerkungen solcher Gesuche können jedoch nur dann bewilligt werden, wenn nach dem Grundbuchsstande die Einverleibung des einzutragenden Rechtes, beziehungsweise die Löschung des bestehenden Rechtes zuläßig wäre, und wenn die Unterschrift der Gesuche gerichtlich oder notariell beglaubigt ist.

§. 54. Von dem Bescheide, mit welchem das Gesuch bewilligt wird, darf nur Eine Ausfertigung ertheilt werden; dieselbe ist mit der Bestätigung der vollzogenen Anmerkung zu versehen.

§. 55. Die Anmerkung der Rangordnung verliert ihre Wirksamkeit mit dem Ablaufe von sechzig Tagen nach Bewilligung derselben. Dieß ist in dem Bescheide unter Angabe des Kalendertages, an welchem die Frist endet, auszusprechen.

§. 56. Das Gesuch um Eintragung des Rechtes oder der Löschung, für welche die Rangordnung angemerkt wurde, ist unter Vorlage der Ausfertigung des die Anmerkung bewilligenden Bescheides innerhalb der im §. 55 festgesetzten Frist anzubringen. Wird über dieses Gesuch die Einverleibung oder Vormerkung bewilligt, so kömmt der Eintragung die angemerkte Rangordnung zu. Die erfolgte Eintragung ist auf der vorerwähnten Ausfertigung anzumerken. — Die Eintragung in der angemerkten Rangordnung kann selbst dann bewilligt werden, wenn die Liegenschaft oder die Hypothekarforderung nach dem Einschreiten um die Anmerkung der Rangordnung an einen dritten übertragen oder belastet worden wäre. — Verfällt der Eigenthümer der Liegenschaft oder der Hypothekar-Gläubiger vor der Ueberreichung des Eintragungsgesuches in Concurs, so kann die Eintragung nur dann bewilligt werden, wenn die Urkunde über das Geschäft schon vor dem Tage der Concurseröffnung ausgefertigt war und der Tag ihrer Ausfertigung durch eine gerichtliche oder notarielle Beglaubigung dargethan ist. Entspricht die Urkunde diesen Voraussetzungen nicht, so ist die Zuläßigkeit der Eintragung nach den Vorschriften der Concursordnung zu beurtheilen.

§. 57. Wird die Einverleibung der Veräußerung der Liegenschaft oder der Cession oder Löschung der Forderung in der angemerkten Rangordnung bewilligt, so ist auf Ansuchen der Partei, für welche die Einverleibung erfolgte, zugleich die Löschung derjenigen Eintragungen zu verfügen, welche etwa in Ansehung dieser Liegenschaft oder Forderung nach Ueberreichung des Anmerkungsgesuches erwirkt worden ist.

§. 58. Wird das Eintragungsgesuch nicht vor dem Ende der festgesetzten Frist angebracht, oder wird der Betrag, für welchen die Anmerkung der Rangordnung erfolgte, bis zum Ende dieser Frist nicht erschöpft, so wird die Anmerkung unwirksam und ist von Amtswegen zu löschen. — Vor Ablauf der gesetzlichen Frist kann die Löschung der Anmerkung nur dann bewilligt werden, wenn die Ausfertigung des Bescheides über die Bewilligung der Anmerkung vorgelegt wird. Die Löschung ist auf dieser Ausfertigung vorzumerken.

11. Eine besondere Erwähnung verdienen noch die sog. Gesammt- oder Simultan-Hypotheken, vermöge welcher dem Gläubiger für eine und dieselbe ungetheilte Forderung mehrere, aber jedenfalls bestimmt bezeichnete unbewegliche Güter in der Art verpfändet werden, daß er, falls die Verbindlichkeit vom Schuldner zur bestimmten Zeit nicht erfüllt wird, die Befriedigung aus der Gesammtheit der ihm verpfändeten Realitäten, nach seiner Wahl aber auch aus einer oder einigen von ihnen verlangen kann.

Die Rechtsverhältnisse bei Simultanhypotheken werden gegenwärtig durch das allg. Grundb. Gesetz in ausführlicher Weise geregelt, welches in dieser Beziehung anordnet:

§. 106. Bei Simultanhypotheken (§. 15, o. S. 26), welche durch Eintragung in verschiedene Grundbuchseinlagen gebildet werden sollen, ist eine Einlage als Haupteinlage und sind die übrigen Einlagen als Nebeneinlagen zu bezeichnen. Fehlt eine solche Bezeichnung, so wird die im Gesuche erstgenannte Einlage als Haupteinlage angenommen. — Wird um die Ausdehnung einer für dieselbe Forderung bereits haftenden Hypothek auf andere Grundbuchseinlagen angesucht, so wird die ursprünglich belastete Einlage als Haupteinlage behandelt. — Bei der Haupteinlage ist auf die Nebeneinlage und bei jeder Nebeneinlage auf die Haupteinlage durch eine Anmerkung hinzuweisen.

§. 107. Wenn ein Gläubiger um die Ausdehnung des für seine Forderung haftenden Pfandrechtes ersucht, so ist er verpflichtet, die für diese Forderung bereits bestehende Hypothek anzuzeigen, damit die Simultanhaftung angemerkt werde. — Den durch Verschweigung einer bestehenden Hypothek entstandenen Schaden hat der Gläubiger zu tragen. — Sollte die Anmerkung einer Simultanhaftung aus was immer für einem Grunde unterblieben sein, so kann der Hypothekarschuldner um die Vornahme derselben ansuchen. Die hierdurch verursachten Kosten hat der Gläubiger zu ersetzen, wenn ihm dießfalls ein Verschulden zur Last fällt. — Wenn ein Grundbuchsgericht bei der Bewilligung der Einverleibung

oder Vormerkung des Pfandrechtes für eine Forderung wahrnimmt, daß ein Pfandrecht für diese Forderung in seinen oder in den Büchern eines andern Grundbuchsgerichtes eingetragen ist, so hat dasselbe von Amtswegen darauf Bedacht zu nehmen, die Einlage, in welcher das Pfandrecht eingetragen ist, als Haupteinlage anzusehen und diejenigen Grundbuchsgerichte, in deren Büchern die Forderung bereits eingetragen ist, hiervon zu verständigen.

§. 108. Die Eintragung einer Simultanhypothek bei mehreren Grundbuchsgerichten kann unter Anschluß von Originalurkunden oder beglaubigten Abschriften gleichzeitig bei den einzelnen Grundbuchsgerichten verlangt oder in einem einzigen Gesuche begehrt werden. — Im ersten Falle sind in jedem Gesuche die Haupteinlage und alle Nebeneinlagen anzugeben. — Im zweiten Falle ist das Gesuch bei demjenigen Grundbuchsgerichte anzubringen, bei welchem die Haupteinlage geführt werden soll und die Reihenfolge zu bezeichnen, in welcher das Gesuch den übrigen Grundbuchsgerichten zur Erledigung zuzusenden ist.

§. 109. Wenn bei der ursprünglichen oder späteren Eintragung einer Simultanhypothek mehrere Grundbuchsgerichte mitzuwirken haben, so hat jedes derselben hinsichtlich der in seinen Büchern enthaltenen Hypothekarobjecte über die Frage der Einverleibung oder Vormerkung des Pfandrechtes selbständig zu entscheiden und die Entscheidung dem Grundbuchsgerichte der Haupteinlage bekannt zu geben. — Der Recurs gegen jeden der erfolgten Bescheide ist bei demjenigen Grundbuchsgerichte anzubringen, welches denselben erlassen hat. — Ist die von einem Grundbuchsgerichte in den Nebeneinlagen bewilligte Einverleibung oder Vormerkung im Recurswege aufgehoben und gelöscht worden, so muß die Löschung dem Grundbuchsgerichte der Haupteinlage zur Anmerkung mitgetheilt werden.

§. 110. Für die Rangordnung einer Simultanhypothek ist bei jedem einzelnen Hypothekarobjecte der Zeitpunkt entscheidend, in welchem das Ansuchen um die Bewilligung der Eintragung bei demjenigen Grundbuchsgerichte, in dessen Büchern die Eintragung stattgefunden hat, eingelangt ist.

§. 111. Alle Grundbuchsgesuche, welche sich auf ein in mehreren Einlagen simultan haftendes Pfandrecht beziehen, sind bei demjenigen Grundbuchsgerichte, bei welchem die Haupteinlage geführt wird, anzubringen und nach dem Stande dieser Einlage zu beurtheilen. — Wäre das Gesuch bei einem anderen Grundbuchsgerichte überreicht worden, so ist dasselbe mit der Weisung zurückzustellen, daß es bei dem Grundbuchsgerichte der Haupteinlage anzubringen ist.

§. 112. Alle Aenderungen, welche an dem simultan haftenden Pfandrechte durch Uebertragung, Beschränkung, Belastung, Löschung oder auf andere Weise vorgenommen werden sollen, sind nur in der Haupteinlage einzutragen. Für diese Eintragungen kann ein eigenes Blatt im Grundbuche bestimmt und auf dasselbe bei der Haupteinlage hingewiesen werden. — Die Eintragung der Aenderungen in der Haupteinlage gilt rechtlich als in allen schon bestehenden oder noch hinzukommenden Nebeneinlagen vollzogen; doch ist die theilweise oder gänzliche Löschung der Simultanhypothek hinsichtlich aller Hypothekarobjecte auch in allen Nebeneinlagen und die Löschung der Pfandrechtes hinsichtlich einzelner Nebeneinlagen in diesen anzumerken.

§. 113. Wenn das Pfandrecht hinsichtlich des in der Haupteinlage eingetragenen Hypothekarobjectes gelöscht wird, so sind auch alle darauf erfolgten weiteren Eintragungen in der Haupteinlage zu löschen und in eine Nebeneinlage desselben Grundbuchsgerichtes zu übertragen, welche, sofern eine Simultanhypothek noch fortbesteht, in der Folge als Haupteinlage zu behandeln ist. — Besteht in den Büchern dieses Grundbuchsgerichtes keine Nebeneinlage, so hat dieses Gericht, insofern eine Erklärung des Hypothekargläubigers nicht vorliegt, zu bestimmen, welche Nebeneinlage in Zukunft als Haupteinlage zu behandeln ist, und dem Grundbuchsgerichte der neuen Haupteinlage beglaubigte Abschriften der im Hauptbuche bestehenden Eintragungen und der hierauf bezüglichen Urkundenabschriften von Amtswegen zu übermitteln. — Die Umwandlung einer Nebeneinlage in die Haupteinlage ist den Grundbuchsgerichten aller Nebeneinlagen bekannt zu geben und bei jeder fortbestehenden Nebeneinlage von Amtswegen anzumerken.

§. 114. Dem Grundbuchsgerichte, an welches die Führung der Haupteinlage übergeht, sind diejenigen Grundbuchsgesuche, welche wegen der bereits erfolgten Löschung des Pfandrechtes in der Haupteinlage nicht mehr erledigt werden können, zu übersenden und die Bittsteller hiervon zu verständigen. — Die Rangordnung dieser Gesuche unter einander wird durch die Einreichungszahlen des Grundbuchsgerichtes der früheren Haupteinlage bestimmt.

§. 115. Zur Rechtfertigung einer bei verschiedenen Grundbuchsgerichten für dieselbe Forderung simultan haftenden Vormerkung des Pfandrechtes ist nur Eine Rechtfertigungsklage erforderlich. — Die Rechtfertigungsklage ist entweder bei dem allgemeinen Gerichtsstande des Hypothekarschuldners oder bei einem Gerichte zu erheben, welches in Ansehung eines der Hypothekarobjecte, auf welche die Vormerkung bewilligt wurde, die Realinstanz ist.

§. 116. In Grundbuchsauszügen über solche Einlagen, welche in Ansehung einer Simultanhypothek als Nebeneinlagen geführt werden, ist die Hinweisung auf die Haupteinlage und die Bemerkung aufzunehmen, daß die an dem simultan eingetragenen Pfandrechte vorgenommenen Aenderungen nur in der Haupteinlage eingetragen sind.

§. 117. Wenn in Ansehung einer vor dem Eintritte der Wirksamkeit dieses Gesetzes in verschiedenen Grundbuchseinlagen erwirkten Simultanhypothek weitere Eintragungen erfolgen sollen, so ist bei dem Ansuchen um eine neue Eintragung diejenige Einlage zu bezeichnen, welche als Haupteinlage geführt werden soll. — In diese Einlage sind alle Eintragungen, welche nach der Begründung der Simultanhypothek in Ansehung derselben in den anderen Einlagen vorgenommen worden sind, zu übertragen. — Diese Uebertragung ist unter Bezeichnung der Haupteinlage in den übrigen Einlagen, welche fortan als Nebeneinlagen zu behandeln sind, anzumerken.

12. Auf vielfach abweichenden Grundlagen beruhte das Hypothekar-Sistem im lombardisch-venetianischen Königreiche, mit welchem auch jenes in Dalmatien großentheils übereinstimmt. In dem erstgenannten Gebietstheile wurden bei der Regulirung derselben, da die unmittelbare Einführung von Grundbüchern und Landtafeln, wie sie unser a. b. G. B. und die Gerichtsordnung voraussetzt, sich als unausführbar darstellte, die von der aufgelösten italienischen Regierung errichteten Hypothekenämter beibehalten, und ihnen die Einschreibung und Erneuerung der Hypotheken, so wie die Eintragung der Eigenthumsübertragungstitel (trascrizione) noch ferner nach den Vorschriften der bestandenen Gesetzgebung übertragen (Gub. Circ. vom 16. März 1816)[1]). Diesem zufolge gab es nicht nur ausdrückliche, sondern auch stillschweigende, nicht nur besondere, sondern auch allgemeine Hypotheken, und die Einschreibung war nicht zur Erlangung des Hypothekarrechtes, sondern nur dazu nothwendig, um es wirksam und ausführbar zu machen. Es konnte daher eine auf gesetzmäßige Art constituirte oder entstandene Hypothek auch nach der Veräußerung der verpfändeten Realität insolange noch eingeschrieben werden, als der dritte Besitzer nicht die vom Gesetze vorgeschriebenen Förmlichkeiten, um sein Eigenthum hiervon zu reinigen, beobachtet hatte. An diesem Sisteme wurden jedoch durch das Patent v. 19. Juni 1826, Nr. 3193 der J. G. S., einige wesentliche Aenderungen getroffen, indem dadurch die Einschreibung aller, auf was immer für einem Titel beruhender Hypotheken bei Verlust des dinglichen Rechtes bis Ende Juni 1828 angeordnet und zugleich bestimmt wurde, daß alle allgemeinen Hypotheken, ebenfalls unter Androhung der Erlöschung des dinglichen Rechtes, in specielle umgewandelt werden müssen; so daß demzufolge eine Hypothek als dingliches Recht nicht besteht, so lange die Einschreibung derselben nicht erfolgt ist, und daß nicht nur die Bestellung und Verleihung der Hypothek, sondern auch deren Einschreibung in die öffentlichen Bücher erfolgen muß, während der Schuldner sich noch im Besitze des verhypothecirten Gutes befindet, widrigenfalls die Einschreibung unwirksam und ohne alle Folgen für den neuen Besitzer wäre. Die Hypothek wird nur durch die regelmäßige Einschreibung, und nur vom Tage derselben angefangen erworben. Damit aber eine Einschreibung als regelmäßig und wirksam angesehen werden könne, muß der Rechtstitel der Hypothek ein gesetzmäßiger sein; ferner muß die Urkunde, mittelst welcher die Hypothek bestellt wird, nicht nur alle Erfordernisse einer glaubwürdigen Urkunde an sich tragen, sondern außerdem noch entweder vom Gericht oder von einem Notare aufgenommen, oder wenigstens rücksichtlich der Unterschrift der Contrahenten gerichtlich oder notariell beglaubigt sein (wovon durch die Vdg. vom 9. März 1818 und 17. Jänner 1827 nur einige Ausnahmen zu Gunsten der bei den Districts-Commissären oder städtischen Magistraten aufgenommenen Verträge gestattet wurden), und eine genaue Beschreibung der zur Hypothek unterstellten Realität, mit Angabe ihrer Gränzen oder anderer Kennzeichen enthalten. Die Einschreibung der freiwilligen (vertragsmäßigen oder testamentarischen) Hypotheken geschieht mittelst Ueberreichung zweier gleichlautenden, mit den betreffenden Urkunden belegten Noten, welche den Vor- und Zunamen und den Stand des Gläubigers und des Schuldners, das Datum und die Art des Titels, den Betrag

---

[1]) Wir folgen hier im allgemeinen der trefflichen Darstellung von Lutterotti a. a. O. — Vgl. übrigens den interessanten Aufsatz des Dr. A. Terzaghi, Hofrathes am k. k. obersten Gerichtshofe, über das Hypothekenwesen des lombardisch-venetianischen Königreiches und dessen Beziehungen zur actio quasi serviana in Nr. 98—101 der allg. öst. Ger. Ztg. v. J. 1858.

der Forderung, wie er aus den beigebrachten Documenten erhellet, oder bei bedingten oder unbestimmten Rechten vom Gläubiger geschätzt wird, den Betrag und die Art der accessorischen Verbindlichkeiten (z. B. Zinsen), die Verfallszeit und die Art und Lage der unbeweglichen Sache, auf welcher das Hypothekarrecht wirksam gemacht werden soll, enthalten müssen. Im Falle der vom Gerichte in oder außer dem Executionswege bewilligten Hypothek muß der Gläubiger ein Duplum des dießfälligen Gesuches mit dem attergirten Decrete dem Hypothekenamte übergeben (Vdg. vom 21. Jänner 1817). Die Vornahme der Inscription geschieht nach den Vorschriften der Hypothekenordnung vom 16. April 1806 und dem Decrete vom 12. December 1812. Durch die Vdg. vom 27. April 1824 wurde übrigens auch im lombardisch-venetianischen Königreiche das Rechtsinstitut der Pränotation eingeführt. Um diese zu erwirken, genügt jede Urkunde, welche nach den Vorschriften des Gesetzes gegen den Schuldner einen vollen oder auch nur halben Beweis macht, insbesondere auch Auszüge aus den Büchern der Handelsleute und Professionisten und noch nicht in Rechtskraft erwachsene richterliche Aussprüche, keineswegs aber bloße Privatzeugnisse, Weisartikel, Kunstbefunde, angebotene Eide, Beiurtheile und bedingte Endurtheile, die auf die Ablegung des Haupt-, Erfüllungs- oder Schätzungseides lauten. Auch kann, wenigstens vor Eintritt der Verfallzeit der Forderung eine Urkunde nicht pränotirt werden, in welcher der Aussteller die Pränotirung ausdrücklich untersagt hat; dagegen ist es in keinem Falle nothwendig, daß der Pränotirungswerber einen besonderen Titel zum Pfandrechte nachweise, sondern es genügt das einfache, persönliche Forderungsrecht. Das Pränotirungsgesuch muß mit den erforderlichen Documenten belegt werden, und diejenigen Punkte enthalten, welche oben für die Gesuche um die definitive Einschreibung angegeben worden sind. Die Bewilligung des Richters erfolgt in Gestalt eines Bescheides auf dem Rücken des eingereichten Gesuches; mit diesem hat sich die Partei an das Hypothekenamt zu wenden. Die Wirksamkeit und der Vorrang der Pränotation beginnt mit dem Tage der vorgenommenen Eintragung in die öffentlichen Register. Alle an demselben Tage vollzogenen Pränotationen haben das gleiche Recht, ohne Unterschied, ob dieselben Vor- oder Nachmittags vorgenommen wurden, wenn dieß auch vom Hypothekenbewahrer bemerkt worden wäre. Findet der erste Richter die Pränotation zu verweigern, so steht gegen diese Entscheidung binnen 8 Tagen, vom Zustellungstage an gerechnet, der Recurs an das Obergericht offen. Im Falle die Pränotation bewilligt wurde, hat der Pränotirungswerber längstens binnen 14 Tagen nach Zustellung des Verwilligungsbescheides eine förmliche Rechtfertigungsklage zu überreichen und darin den Titel und Bestand (realtà) seiner pränotirten Forderung darzuthun. Wird nun der Pränotirungswerber in dem gedachten Justificirungsprocesse sachfällig, oder versäumt er die oben angegebene Frist zur Einbringung der Rechtfertigungsklage, so muß der Richter über Ansuchen des Gegentheiles die Löschung der erwirkten Pränotation aus den öffentlichen Registern bewilligen. Im Falle der wegen nicht eingebrachter Justificirungsklage erfolgten Löschung kann zwar der Gläubiger neuerlich die Pränotation seiner Forderung begehren; doch geht in diesem Falle nicht nur das bedingte Pfandrecht und die Priorität der früher erwirkten Pränotation verloren, sondern es steht auch dem Eigenthümer des unbeweglichen Gutes bevor, mit einer Aufforderungsklage gegen den Pränotirungswerber aufzutreten, und dadurch einer weiteren Wiederholung des Pränotationsgesuches vorzubeugen [1]).

13. Eine ausführliche Darstellung der Einrichtung der Notifikenbücher in Istrien hat der Herr Präsident Alexander Boschan in Nr. 98 und 99 der allg. öst. Ger. Ztg. v. J. 1859 geliefert.

---

[1]) Die Regelung des Hypothekenwesens in den zufolge des Züricher Friedensvertrages bei Oesterreich verbliebenen lombardischen Landestheilen erfolgte durch die Justiz-Ministerialverordnung vom 5. Mai 1860, Nr. 117 des R. G. Bl.

Rücksichtlich jener Länder, in welchen das allgemeine Grundbuchsgesetz noch nicht vollständig durchgeführt ist, und den Grundbüchern in den übrigen Ländern gleiche öffentliche Bücher nicht bestehen, nämlich für Tirol und Dalmatien, sind die Gesetze v. 27. März 1869, Nr. 42 des R. G. Bl., v. 6. Dezember 1870, Nr. 141 des R. G. Bl., und v. 20. März 1872, Nr. 79 des R. G. Bl., über die Anmeldung und Umgestaltung der Hypothekarrechte anzuführen. Dieselben sind im 18. Bande der im Verlage dieses Werkes erscheinenden Taschenausgabe der österreichischen Gesetze enthalten, wegen ihres beschränkten Wirkungskreises aber hier nicht aufgenommen worden.

§. 454.

Erwerbung eines Afterpfandes.

Der Pfandinhaber kann sein Pfand, in so weit er ein Recht darauf hat, einem Dritten wieder verpfänden, und in so fern wird es zum Afterpfande, wenn zugleich Letzterer sich dasselbe übergeben, oder die Afterverpfändung auf das Pfandrecht in die öffentlichen Bücher eintragen läßt.

§. 455.

Wird der Eigenthümer von der weiteren Verpfändung benachrichtiget; so kann er seine Schuld nur mit Willen dessen, der das Afterpfand hat, dem Gläubiger abführen, oder er muß sie gerichtlich hinterlegen, sonst bleibt das Pfand dem Inhaber des Afterpfandes verhaftet.

1. Da als Pfand jede Sache dienen kann, die im Verkehre steht, und unter dem Ausdruck „Sache" im §. 448 auch Rechte zu verstehen sind (vgl. oben S. 2), so ergibt sich als eine natürliche Folge, daß auch das dem Pfandgläubiger zustehende Recht, sein Pfandrecht, einen Gegenstand der (weiteren) Verpfändung bilden könne, welche sohin mit dem Ausdrucke der Afterverpfändung (subpignoratio) belegt wird. Die eigenthümliche Natur dieses Rechtsgeschäftes bringt es mit sich, daß mit dem Pfandrechte des Afterverpfänders zugleich die Pfandsache weiter verpfändet wird [1]), weil eines ohne das andere nicht denkbar ist, so daß der Afterpfandgläubiger die Befugniß erhält, das dem Afterverpfänder zustehende Pfandrecht an der verpfändeten Sache, innerhalb der Gränzen seines eigenen Forderungsrechtes, auszuüben.

2. Der Titel des Afterpfandrechtes kann, wie der des Pfandrechtes überhaupt, nicht nur in einem Vertrage, auf den wohl die Worte des §. 454 allein hinzudeuten scheinen, sondern auch in einem letzten Willen, in dem Gesetze oder in einem richterlichen Ausspruche gegründet sein, weil gar keine Ursache vorhanden ist, von den allgemeinen Bestimmungen über das Pfandrecht abzuweichen [2]). Der Pfandinhaber ist übrigens aus dem Gesetze (§. 454) berechtigt, die Pfandsache zur Bestellung eines Afterpfandes zu verwenden, ohne hierzu der Einwilligung des Pfandeigenthümers zu bedürfen; wohl aber könnte dieser es in dem Pfandvertrage ausdrücklich untersagt haben, wo dann allerdings eine Afterverpfändung eben so unstatthaft wäre, als nach §. 1098 b. G. B. ein Afterbestand unzuläßig ist, wenn die Parteien ein hierauf bezügliches Uebereinkommen getroffen haben.

3. Da zur wirklichen Erlangung des Pfandrechtes der bloße Titel nicht hinreicht (§. 451), sondern hierzu noch eine besondere Erwerbungsart erforderlich ist, so muß dieß natürlich auch von der Erwerbung des Afterpfandrechtes gelten, woraus sich die weitere Bestimmung des §. 454 von selbst rechtfertigt; und es kommen hierbei alle jene Bemerkungen zu wiederholen, welche oben (S. 19 ff.) über die Erwerbung des Pfandrechtes selbst gemacht worden sind. Deßhalb muß ins-

---

[1]) Unter den Auslegern des römischen Rechtes herrscht bekanntlich Meinungsverschiedenheit über die Frage, was eigentlich Gegenstand des Afterpfandrechtes sei, das Recht des Verpfänders oder die Sache selbst? Unser b. G. B. hat sich wohl der letzteren Ansicht angeschlossen. Der §. 454 sagt deßhalb ausdrücklich: „Der Pfandinhaber kann sein Pfand . . . (nicht sein Pfandrecht) . . . . einem dritten wieder verpfänden." Auch würde, wenn bloß das Pfandrecht Gegenstand des Afterpfandes wäre, zur Erwerbung desselben die Uebergabe des Pfandes nicht erforderlich sein, sondern wie bei der Verpfändung anderer Rechte die Uebergabe durch Urkunden (s. oben S. 20) genügen.

[2]) Die §§. 314—319 der a. G. O. sprechen zwar nur von der executiven Einantwortung einer Forderung, und heben hierbei insbesondere den Fall hervor, wenn die eingeantwortete Forderung auf ein liegendes Gut versichert ist, allein das Hfd. vom 27. October 1797, Nr. 385 anerkennt ausdrücklich eine hiervon verschiedene Pfändung von Privatforderungen, erwähnt jedoch nicht des Falles, wenn diese Privatforderung durch ein Pfand versichert ist.

besondere bei unbeweglichen Gütern die Afterverpfändung auf das Pfandrecht (die Hypothekarpost) ebenfalls wieder in die öffentlichen Bücher eingetragen werden, was mittelst einer sog. Supereintragung geschieht, welche, wie jede Eintragung dieser Art, wieder eine doppelte sein kann, nämlich entweder eine Super-Intabulation oder eine Super-Pränotation (vgl. oben S. 26). Hierbei ist nach der Analogie des Hfd. v. 16. April 1830, Nr. 2458 der J. G. S., nicht nothwendig, die in den öffentlichen Büchern schon eingetragenen Schuldscheine oder anderen Urkunden, auf welche sich das Hypothekarrecht des Afterverpfänders gründet, beizubringen, wenn nur die übrigen gesetzlich vorgeschriebenen Erfordernisse vorhanden sind.

4. Da sich das Pfandrecht immer auf eine giltige Forderung bezieht (§. 449) und ohne eine solche nicht gedacht werden kann, so muß man bei dem Afterpfande die Hauptforderung, für welche das Pfand bestellt ist, immer als mitverpfändet betrachten[1]), und es kann durchaus nicht als zulässig erscheinen, daß der Pfandgläubiger dem einen seine Forderung, dem andern sein Pfandrecht weiter verpfände, „da letzteres ohne erstere ein leerer Name wäre, und keine Sicherheit gewährte." Hätte er es dennoch gethan, und z. B. den von A erhaltenen Schuldschein dem B, das für dieselbe Forderung erhaltene Pfandstück aber dem C weiter verpfändet und übergeben, so müßte unseres Erachtens, wie bei der Collision dinglicher Rechte überhaupt, die Priorität der Erwerbung entscheiden[2]).

5. Da niemand einem andern mehr Rechte abtreten kann, als er selbst hat (§. 442), so wird für den Afterpfandgläubiger ein Pfandrecht höchstens in dem Umfange begründet, in welchem es dem verpfändenden Gläubiger selbst zusteht, weßhalb auch der §. 454 ganz richtig den Beisatz macht: Der Pfandinhaber könne sein Pfand einem dritten wieder verpfänden, „insoweit er ein Recht darauf hat." War daher die ursprüngliche Verpfändung ungiltig, so kann auch die Afterverpfändung nicht zu Recht bestehen. War das Recht, auf welches eine Supereinverleibung erwirkt wurde, nur vorgemerkt, so ist die Supereinverleibung durch den Fortbestand der Pränotation bedingt, und kann daher nicht weiter bestehen, sobald diese (z. B. wegen Versäumung der Frist zur Einbringung der Justificirungsklage) selbst gelöscht werden muß[3]). War das Recht des Afterverpfänders an eine auflösende Bedingung, oder an eine Zeitbestimmung gebunden, so erlischt mit dem Eintritte derselben auch das Recht des Afterpfandnehmers; jedoch zufolge der Analogie aus §. 468 nur dann, wenn der fragliche Umstand dem Afterpfandgläubiger bekannt war, oder aus den öffentlichen Büchern bekannt sein konnte. Weiters muß zur Ausübung des Afterpfandrechtes die Fälligkeit beider Forderungen vorausgesetzt werden, denn der Afterverpfänder hat kein Recht, die Feilbietung des Pfandes vor dem Verfalle seiner Forderung zu verlangen (§. 461), kann also ein solches Recht auch nicht auf den Afterpfandnehmer übertragen[4]). Hätte endlich der Pfandinhaber die Sache für eine größere Summe weiter verpfändet, als für welche

---

[1]) Dieser Ansicht ist auch Winiwarter, bürg. Recht Bd. 2, S. 252. — Das Gegentheil behauptet Nippel, Erläut. Bd. 3, S. 477.

[2]) Nippel behauptet (Erläut. Bd. 3, S. 478), daß in diesem Falle der ursprüngliche Schuldner beide Afterpfandgläubiger befriedigen müsse, wenn er sich von seiner Schuld frei machen, und zuletzt sein Pfand zurückerhalten will, vorausgesetzt wenigstens, daß der letzte Gläubiger, welchem das Afterpfand übergeben worden ist, von der früheren Verpfändung der Forderung keine Wissenschaft hatte; allein es ist nicht abzusehen, mit welchem Rechte dem Schuldner diese Pflicht zur doppelten Zahlung sollte aufgebürdet werden können? — Winiwarter ist deßhalb der Ansicht, daß eine solche Verbindlichkeit nicht Platz greife, meint jedoch, dem Inhaber des Afterpfandes gebühre der Vorzug, weil sein Recht auf der Sache selbst haftet, folglich gegen jedermann geltend gemacht werden könne, und weil der Gläubiger, welchem die Forderung allein verpfändet wurde, als Cessionar erscheint, welchem von dem Cessus alle Einwendungen entgegengesetzt werden können, die er gegen den Cedenten gehabt hätte (bürg. Recht Bd. 2, S. 253). — Allein auch das Recht des ersten Afterpfandgläubigers, dem bloß die Forderung verpfändet wurde, ist ein dingliches, das gegen jedermann geltend gemacht werden kann, und die Cession (Einantwortung) einer Forderung darf unseres Erachtens, wie bereits oben S. 31 bemerkt wurde, mit der Pfändung einer Forderung nicht verwechselt werden. Dem Inhaber des Afterpfandes dürfte also, wenn er das Pfandrecht später erworben hat, nur ein Ersatzanspruch gegen den, allerdings unredlich handelnden Afterverpfänder zustehen.

[3]) Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 21. April 1859, Z. 4314, in der allg. österr. Ger. Ztg. J. 1859, Nr. 81 und in Glaser's und Unger's Sammlg. Nr. 775.

[4]) S. Nippel, Erläut. Bd. 3, S. 475.

sie ihm selbst verhaftet ist, so könnte sich der Afterpfandgläubiger in Ansehung des Ueberrestes nur an seinen Schuldner, nicht an die Sache selbst halten; es wäre denn, daß er sich in gutem Glauben befände, also von den obwaltenden Umständen keine Kenntniß hatte, noch auch dieselbe sich aus den öffentlichen Büchern verschaffen konnte [1]), wie aus der Analogie mit §. 456 hervorgeht.

6. In Ansehung der Geltendmachung des Afterpfandrechtes muß unterschieden werden, ob der Eigenthümer des Pfandes von der weiteren Verpfändung benachrichtiget wurde oder nicht. Im letzteren Falle ist er, wenn er seine Schuld an den Afterverpfänder getilgt hat, berechtiget, die Zurückstellung des Pfandes zu verlangen (§. 469), und der Aftergläubiger kann ihm solches nicht vorenthalten, noch irgend ein Recht darauf geltend machen. Wurde dagegen der Eigenthümer des Pfandes von der Afterverpfändung benachrichtigt, so kann er seine Schuld nur mit Willen dessen, der das Afterpfand hat, dem Gläubiger abführen (§. 455), weil der Afterpfandnehmer in den Stand gesetzt werden muß, aus dem, was dem Afterverpfänder geleistet wurde, die Befriedigung seiner eigenen Forderung zu erlangen. Sollte dießfalls ein Anstand obwalten, so käme die Schuld gerichtlich zu hinterlegen (§§. 455 und 1425); keineswegs aber liegt hierin ein Verbot für den Gläubiger, ohne ausgewiesene Zustimmung der Afterpfand- oder Supersatzgläubiger die Zahlung zu begehren [2]). Hätte der Pfandeigenthümer die in Frage stehende Vorsicht vernachlässigt, so bliebe das Pfand, ungeachtet der an den ersten Gläubiger geleisteten Zahlung, dem Inhaber des Afterpfandes verhaftet (§. 455). Die hier in Frage stehende Benachrichtigung des Eigenthümers der Pfandsache muß übrigens auch bei der Erwirkung des Afterpfandrechtes auf unbewegliche Güter beobachtet werden, da das Gesetz nicht unterscheidet [3]), und das Hfd. vom 29. August 1818, Nr. 1488 der J. G. S., welches bestimmt, daß der in die öffentlichen Bücher eingetragene Besitzer eines dinglichen Rechtes zu keiner Zeit über die geschehene Verständigung der Interessenten Beweis zu führen verbunden sei, und daraus allein, daß die Zustellung nicht vorschriftmäßig geschehen sei, kein Anlaß genommen werden könne, die durch die öffentlichen Bücher erworbenen Rechte zu bestreiten, offenbar nur von der Zustellung an diejenigen Personen spricht, deren Rechte durch die grundbücherliche Eintragung unmittelbar afficirt werden [4]), also in unserem Falle an den Besteller der Afterhypothek, nicht an den Eigenthümer des Hypothekargutes. Auch der Afterpfandgläubiger kann sein Recht mittelst einer Klage geltend machen und die Befriedigung aus der verpfändeten Sache verlangen [5]).

Siehe rücksichtlich des Afterpfandrechtes auch den im I. Bd., S. 523 d. W. abgedruckten §. 51 des allg. Grundb. Ges.; rücksichtlich der Afterverpfändung von Simultanhypotheken den §. 112 allg. Grundb. Ges., oben S. 28.

§. 456.

Verpfändung einer fremden Sache.

Wird eine fremde bewegliche Sache ohne Einwilligung des Eigenthümers verpfändet, so hat dieser in der Regel zwar das Recht, sie zurück zu fordern; aber in solchen Fällen, in welchen die Eigenthumsklage gegen einen redlichen Besitzer nicht Statt hat (§.367), ist er verbunden, entweder den redlichen Pfandinhaber schadlos zu halten, oder das Pfand fahren zu lassen, und sich mit dem Ersatzrechte gegen den Verpfänder zu begnügen.

1. Da außer den im Gesetze bestimmten Fällen niemand über fremde Rechte verfügen darf (§. 881), so muß auch die Verpfändung einer fremden Sache

[1]) S. Zeiller, Comment. Bd. 2, S. 263. — Nippel, Erläut. Bd, 3, S. 476.

[2]) S. die Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 8. Juli 1858, Z. 7278 in der allg. österr. Ger. Ztg. Nr. 127; — dann die Entscheidung vom 24. März 1857, Z. 1422 in Glaser's und Unger's Sammlg. Nr. 318, worin zugleich ausgesprochen wurde, daß der Schuldner nur gegen eine unter Mitwirkung des Afterpfandgläubigers ausgestellte Löschungserklärung zu zahlen habe, sonst aber berechtigt sei, das Geld zu Gericht zu erlegen. — In ähnlicher Weise lautet die Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 26. Jänner 1859, Z. 264 in Glaser's und Unger's Sammlg. Nr. 716.

[3]) S. Mattei, Comment. Vol. 2, pag. 395.

[4]) S. Nippel, Erläut. Bd. 3, S. 483.

[5]) S. die Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 6. März 1860, Z. 1419 in Nr. 101 der allg. österr. Ger. Ztg. J. 1863.

sich als ungiltig darstellen, so daß der Eigenthümer das Recht hat, sie dem Pfandgläubiger abzufordern (§. 366), ohne ihm dafür eine Vergütung leisten zu müssen. Nichtsdestoweniger gibt es Fälle, in denen auch an einer fremden Sache ein Pfandrecht giltig erworben werden kann; und zwar vorerst wenn der Eigenthümer dazu einwilliget (§§. 450 und 1368), mag dieses ausdrücklich oder stillschweigend geschehen (§. 863). Er wird jedoch in solchem Falle nur verpflichtet, die Befriedigung des Gläubiger's aus dem Pfande zu gestatten; sollte dieses nicht hinreichen, so kann er hinsichtlich des Ueberrestes nicht in Anspruch genommen werden, da er sich hierzu in keiner Weise verbindlich gemacht.

2. Da der Gesetzgeber in den Fällen des §. 367 des b. G. B. die Eigenthumsklage gegen den redlichen Besitzer einer fremden Sache für unstatthaft erklärt hat, um die Sicherheit des Verkehres zu fördern, so mußte folgerichtig auch die Bestimmung getroffen werden, daß der Eigenthümer die Ausübung des unter gleichen Umständen auf seine Sache eingeräumten Pfandrechtes zu dulden verpflichtet sei. Er muß demnach entweder das Pfand fahren lassen, d. h. gestatten, daß der redliche Pfandinhaber seine Befriedigung daraus erhole, oder denselben schadlos halten, also ihm den Werth des zurückerhaltenen Pfandes vergüten, und sich des Rückersatzes wegen an den unbefugten Verpfänder halten. Von den im §. 367 angegebenen Fällen kann übrigens der erste hier nicht wohl eintreten, da im Wege der öffentlichen Versteigerung keine Pfänder bestellt zu werden pflegen. War der Pfandnehmer nicht in gutem Glauben, wußte er also, oder mußte er aus den Umständen vermuthen, daß die verpfändete Sache eine fremde, und der Pfandgeber nicht berechtigt sei, sie zu verpfänden, so erlangt er keine Ansprüche auf dieselbe[1]).

Vgl. hierzu die im I. Bd., S. 463 d. W. abgedruckten Art. 306—308 des Handelsgesetzbuches.

3. Wenn bei der Vornahme einer dem Kläger bewilligten Execution des beweglichen Vermögens von Seite dritter Personen wegen behaupteter Eigenthums- (oder anderer) Ansprüche Einwendungen erhoben werden, so hat zwar der Gerichtsdiener, wenn der Gläubiger darauf beharrt, die Pfändung auf alle im Besitze des Executen befindlichen Vermögensstücke vorzunehmen, jedoch hierbei alle angemeldeten Ansprüche dritter Personen anzumerken, und dem Gerichte liegt sohin ob, diese Personen zur Wahrnehmung ihrer Rechte von der Bewilligung der weiteren Executionsschritte, wenn dieselben zulässig befunden werden, in Kenntniß zu setzen. Zweifelt der Gerichtsdiener, ob er den Geklagten oder denjenigen, welcher sich der Execution widersetzt, als Besitzer anzusehen habe, so hat er dieses unter der gehörigen Vorsicht, daß die Amtshandlung nicht vereitelt werde, dem Gerichte anzuzeigen, von welchem er abgeordnet ist, und letzteres ihm unverzüglich die den Umständen angemessene Belehrung zu seinem Benehmen zu ertheilen (Hfd. vom 29. Mai 1845, Nr. 889 der J. G. S., §§. 1 und 2). Diejenigen, welche sich in ihrem Besitze, Eigenthume oder anderen Rechten durch die vorgenommene Pfändung für gekränkt halten, haben sohin dieselben, um die Aufhebung der Execution zu bewirken, bei dem Richter geltend zu machen; auch können sie verlangen, daß während der Dauer der Verhandlung im Falle hinreichender Bescheinigung ihrer Ansprüche unbedingt, außer diesem Falle aber doch gegen Sicherstellung für allen Schaden mit den weiteren

---

[1]) S. den in Nr. 181 der Ger. Halle v. J. 1857 und unter Nr. 373 in Glaser's und Unger's Sammlg. mitgetheilten Rechtsfall, wo dem Beklagten von einem hausirenden Leinwandhändler ein auf einen fremden Namen lautendes (gestohlenes) Sparcassabuch über eine bedeutende Geldsumme verpfändet worden war. Der Beklagte wurde zur Herausgabe desselben verurtheilt, „weil es ihm auffallen mußte, daß ein solch einfacher Mensch, wie der Käufer erschien, einen nicht unbedeutenden Einkauf machte, daß er, anstatt die im Sparcassabuche bezeichnete Summe selbst einzucassiren, und sich den Vortheil der Barzahlung zu sichern, lieber das Sparcassabuch und damit einen Betrag über dem Kaufpreise hergab, da doch anzunehmen war, daß er sein Geld disponibel haben mußte; weil daher der Pfandnehmer in der Lage war, gegründeten Zweifel an der Redlichkeit des Anerbietens des Pfandstellers zu hegen, und deßhalb die Folgen seiner Leichtgläubigkeit so tragen muß, als wäre er bösen Glaubens gewesen, zumal ihm gegenüber der Eigenthümer des Buches ohne jedes Verschulden ist." — In gleichem Sinne erfloß die Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 21. August 1857, Z. 6409 in einem (in der Ger. Halle Nr. 3 v. J. 1861 und in Glaser's und Unger's Sammlg. Nr. 1028 dargestellten) Rechtsfalle, in welchem der Beklagte aus dem Inhalte der ihm verpfändeten, auf A lautenden Obligationen und aus dem Umstande, daß ihm der Verpfänder B keine Cession vorzuweisen im Stande war, vermuthen mußte, daß B nicht Eigenthümer derselben sei.

Executionsschritten insofern innegehalten werde, als ihnen sonst ein unwiederbringlicher Nachtheil zugefügt würde (§. 3 des o. a. Hfd. vom 29. Mai 1845). Uebrigens scheint die Pfandaufhebungsklage (die Excscindirungsklage) jedenfalls stattzufinden, mag der Executionsführer gewußt haben, daß sich unter den gepfändeten Vermögensstücken seines Schuldners auch fremde Sachen befinden oder nicht, mag er also im bösen oder im guten Glauben sein, denn die Ausnahmsbestimmung des §. 456 spricht, sowie der §. 367, auf welchen sie sich beruft, nur von dem Falle, wenn der Inhaber der fremden Sache selbst sie einem dritten verpfändet (oder veräußert) hat, nicht aber, wenn sie wider seinen Willen, vielleicht sogar gegen seine ausdrückliche Einwendung, durch den Richter gepfändet wurde [1]), zumal das Gesetz die Ausdrücke: „verpfänden“ (§§. 451, 454, 457, 460, 632, 829, 1128), „Verpfändung“ (§§. 452, 455, 457, 632, 1343) und „pfänden“ (§§. 1321 und 1322), „Pfändung“ (§§. 822, 1136) sehr wohl von einander unterscheidet, und mit den ersteren durchwegs den Begriff einer freiwilligen Bestellung von Seite des Pfandschuldners verbindet. Hierzu kömmt noch, daß die Sicherheit des Verkehres im höchsten Grade gefährdet würde, wenn man befürchten müßte, durch Executionsführungen auf das Vermögen eines Gewerbsmannes das Eigenthum der ihm zur Bearbeitung oder Ausbesserung übergebenen Sachen einzubüßen [2]); und daß der Grund, auf welchem der dritte Ausnahmsfall des §. 367 beruht (I. Bd. S. 462), hier ebenfalls nicht eintritt, wo von keinem Mißbrauche des Vertrauens durch denjenigen, dem der Eigenthümer seine Sache anvertraut hatte, die Rede sein kann, weil eben vorausgesetztermaßen er die Verpfändung nicht vornahm, sondern nur die vom Richter angeordnete Pfändung geschehen lassen mußte.

4. Auch das gesetzliche Pfandrecht erstreckt sich nicht auf fremde, dem Schuldner bloß anvertraute oder übergebene Sachen, mit alleiniger Ausnahme des im §. 1101 des b. G. B. dem Bestandgeber eingeräumten Pfandrechtes, welches aber dort auch ausdrücklich hervorgehoben erscheint.

5. Hat jemand eine Sache zur Zeit, da er noch nicht Eigenthümer war, in seinem eigenen Namen verpfändet, in der Folge aber das Eigenthum derselben erlangt, so dürfte ebenfalls, nach einer stringenten Analogie aus §. 366, die Zurückforderung der verpfändeten Sache nicht Platz greifen. Hierfür spricht die völlige Gleichheit des Grundes, daß nämlich das Gesetz niemandem gestatten kann, seine eigene Handlung zu bestreiten, um daraus einen Vortheil zu ziehen, den andern aber in Nachtheil zu versetzen; auch kann die Verpfändung immerhin als eine „Veräußerung“ im weiteren Sinne angesehen werden, wo dann der §. 366 sogar seine unmittelbare Anwendung fände. Dem steht nicht entgegen, daß §. 456 im Eingange sagt: „Wird eine fremde bewegliche Sache ohne Einwilligung des Eigenthümers verpfändet, so hat dieser das Recht, sie zurückzufordern,“ da diese Bestimmung offenbar einen Eigenthümer voraussetzt, der es zur Zeit der Verpfändung seiner Sache schon war, nicht aber einen, der es erst später geworden ist, und noch außerdem zur Verpfändung (wenngleich unbefugter Weise) eingewilliget hat.

---

[1]) Vgl. Fischer (A.): Civilrechtsfall zur Erläuterung des §. 456 des a. b. G. B. in Beziehung auf executive Pfändungen fremder beweglicher Sachen (Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1833, I., S. 43); Turnes (J.): Bestreitung der Rechtsansicht, daß die Pfandaufhebungs- (Excscindirungs-) Klage gegen den redlichen Exequenten nach §§. 367 und 456 nicht stattfinde (Jurist, Bd. 11, S. 447), und Menzel (J. A.): Rechtsfälle aus dem Bereiche des Pfandrechtes auf bewegliche Sachen (Jurist, Bd. 12, S. 475). Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 1. Juli 1857, Z. 5832 in Nr. 21 der Ger. Halle v. J. 1857 und in Glaser's und Unger's Sammlg. Nr. 402. — Die entgegengesetzte Ansicht vertheidigt Dr. v. Wildner in dem Aufsatze: Findet im Falle einer gerichtlichen Pfändung der von einem dritten dem executirten Schuldner anvertrauten beweglichen Güter gegen den redlichen Executionsführer die Eigenthumsklage statt? (Jurist, Bd. 6, S. 468), und Dr. Schiestl: Auch eine Ansicht über die Anwendbarkeit der §§. 367 und 456 auf Scheinverkäufe zur Eludirung gerichtlicher Pfändungen, dann über die Redlichkeit oder Unredlichkeit des durch Stellvertreter erworbenen Besitzes (Jurist, Bd. 10, S. 249).

[2]) Wer könnte z. B. es wagen, einem Uhrmacher seine Uhr zur Reparatur zu übergeben, wenn er sich erst überzeugen müßte, daß keine Execution gegen ihn im Zuge sei, und wie sollte er sich diese Ueberzeugung verschaffen? So wurde in einem (a. öst. Ger. Ztg. 1854, Nr. 84) dargestellten Rechtsfalle von dem lomb. Appellationsgerichte entschieden, daß das Pfandrecht des Vermiethers nach §. 1101 d. b. G. B. sich nicht auf einen Wagen zu erstrecken habe, welcher dem Miethsmanne, einem Lackirer, bloß zum Firnissen übergeben worden war, und diese Entscheidung von dem lomb. venet. Senate des obersten Gerichtshofes unterm 20. November 1850 bestätigt.

6. Die Frage, ob das an einer fremden Sache bestellte Pfandrecht Giltigkeit erlange, wenn der Eigenthümer in der Folge Erbe des Verpfänders wird, ist unter den Civilisten streitig. Nach österreichischem Rechte dürfte sich dem Eigenthümer auch in diesem Falle das Recht der Zurückforderung seiner Sache nicht absprechen lassen, weil der §. 456 übereinstimmend mit dem Eingange des §. 366 dieses Recht im allgemeinen anerkennt und keine im Gesetze enthaltene Ausnahmsbestimmung sich nachweisen läßt; allerdings würde aber der Eigenthümer oder Erbe des unbefugten Verpfänders nach §. 548 jene Verbindlichkeiten übernehmen müssen, welche diesem etwa in Folge seiner unbefugten Verpfändung oblagen, d. i. die Entschädigung des Gläubigers, wenn für diesen nach allgemeinen Grundsätzen ein solcher Anspruch begründet erscheint.

§. 457.

Objectiver Umfang des Pfandrechtes.

Das Pfandrecht erstreckt sich auf alle zu dem freien Eigenthume des Verpfänders gehörige Theile, auf Zuwachs und Zugehör des Pfandes, folglich auch auf die Früchte, in so lange sie noch nicht abgesondert oder bezogen sind. Wenn also ein Schuldner einem Gläubiger sein Gut, und einem anderen später die Früchte desselben verpfändet; so ist die spätere Verpfändung nur in Rücksicht auf die schon abgesonderten und bezogenen Früchte wirksam.

1. Das Gesetz bestimmt in dem vorstehenden §. den Umfang des Pfandrechtes in Bezug auf seinen Gegenstand. Dasselbe erstreckt sich zuvörderst auf alle zum freien Eigenthume des Verpfänders gehörigen Theile, wenn diese auch nicht insbesondere bezeichnet und übergeben worden wären, was vorzüglich bei der Verpfändung einer Gesammtsache (s. I. Bd. S. 390) von Wichtigkeit ist; keineswegs aber auf andere, dem Verpfänder selbst nicht gehörige Gegenstände [1]). Deßhalb kann ein Miteigenthümer nur seinen Antheil (§. 829) und ein unvollständiger Eigenthümer nur das ihm zustehende Ober- oder Nutzungseigenthum (§. 1128) giltig verpfänden. Anderseits ist der Pfandschuldner nicht berechtigt, einzelne Bestandtheile der verpfändeten Sache ohne Bewilligung des Pfandgläubigers mit der Wirkung zu veräußern, daß das Pfandrecht auf den veräußerten Theilen erlösche, und dadurch der Werth des Pfandes und das Maß der damit gewährten Sicherheit verringert werde.

Ueber die grundbücherliche Zertheilung einer belasteten Liegenschaft ordnet das Gesetz v. 6. Februar 1869, Nr. 18 des R. G. Bl., an: §. 1. Zur Trennung eines Theiles von einem, in den öffentlichen Büchern eingetragenen Gute ist die vorgängige Verständigung und Einwilligung derjenigen Personen, für welche dingliche Rechte auf dem Gute eingetragen sind, in dem Falle nicht erforderlich, als für den getrennten Theil eine neue bücherliche Einlage eröffnet wird und daselbst alle auf dem Gute eingetragenen Rechte, und zwar die Pfandrechte in der Eigenschaft von Simultanhypotheken, eingetragen werden. — Diese Eintragungen erfolgen gebührenfrei. — Von der vollzogenen Trennung und Eröffnung der neuen Einlage sind alle Betheiligten zu verständigen. §. 2. Außer dem Falle des §. 1 ist die Trennung eines Theiles von einem in den öffentlichen Büchern eingetragenen Gute ohne Nachweis der ausdrücklichen Einwilligung der im §. 1 bezeichneten Personen nur auf Grund eines im Sinne der folgenden §§. durchgeführten Aufforderungsverfahrens zulässig. §. 3. Zur Einleitung dieses Verfahrens hat der Besitzer des Gutes, welcher von demselben einen Theil trennen will, denjenigen Personen, für welche dingliche Rechte auf dem Gute eingetragen sind, seinen Willen durch die Tabularbehörde mit der Aufforderung bekannt machen zu lassen, allfälligen Einspruch gegen die Trennung so gewiß vor Ablauf einer den Umständen gemäß zu bestimmenden Frist bei dieser Behörde anzuzeigen, widrigens angenommen würde, daß der Aufgeforderte in die Trennung willige und sein Recht in Ansehung des Trennstückes mit dem Zeitpunkte aufgebe, in welchem die bücherliche Abschreibung erfolgt sein wird. — Die Frist zur Anzeige des Einspruches darf in keinem Falle auf weniger als dreißig Tage von der Behörde bestimmt werden. — Das Trennungsgesuch ist bei dem Gute,

[1]) Bei Gütern, die zum Theil freies Eigenthum des Besitzers sind, zum Theil aus l. f. Lehen derjenigen Gattung, wobei keine Lehengnade stattfindet, oder aus Privatlehen bestehen, kann daher nach dem Hfd. vom 8. März 1833, Nr. 2600 der J. G. S., eine Einverleibung oder Vormerkung auf den freieigenen Antheil auch ohne vorläufige Absonderung von dem Lehen bewilligt werden. Sie ist jedoch durch den Beisatz: „mit Ausnahme der Lehen“ auf das freie Eigenthum ausdrücklich zu beschränken.

von welchem die Abtrennung geschehen soll, in dem öffentlichen Buche anzumerken. Diese Anmerkung hat die Wirkung, daß die späteren Eintragungen eines dinglichen Rechtes die Abtrennung nicht verhindern können. §. 4. In dem Gesuche, über welches die Aufforderung ergeht, muß das Trennstück genau, nöthigenfalls durch Pläne oder Mappen, bezeichnet sein. — Die Zustellung des Gesuches hat an jeden Aufgeforderten nach den für die Zustellung von Klagen bestehenden Gesetzen zu geschehen. — Die weiteren, das Verfahren betreffenden Vorschriften dieses Gesetzes gehören nicht hierher.

2. Das Pfandrecht, welches die Pfandsache mit dem Anspruche, daraus zur Befriedigung zu gelangen, belastet, haftet auch auf jedem ideellen aliquoten Theile der Sache, ohne daß sich der Berechtigte eine Theilung der Haftung auf die einzelnen Theile gefallen lassen müßte. Wohl kann der Eigenthümer der Pfandsache dieselbe in mehrere Theile ideell zerlegen und hierüber frei verfügen, aber das Pfandrecht, welches nicht auf die einzelnen Theile, sondern auf das Ganze erworben wurde, wird ungetheilt auf jeden Theil des Pfandobjectes übertragen [1]). Gingen einzelne Bestandtheile einer Pfandsache durch Zufall zu Grunde (würden z. B. einzelne Theile eines Grundstückes durch Ueberschwemmung weggerissen, einzelne Theile eines Gebäudes durch Feuer verzehrt), so trifft dieser Verlust auch den Pfandgläubiger, insofern die ihm eingeräumte Sicherstellung dadurch geschmälert wird [2]), da nach §. 458 die Bestellung eines andern angemessenen Pfandes nur dann gefordert werden kann, wenn der Werth des Pfandes durch Verschulden des Pfandgebers vermindert würde. Veränderungen, die in der verpfändeten Sache vorgenommen werden, berühren die Rechte des Pfandgläubigers nicht, so lange erstere noch fortbesteht. Die Verpfändung einer Gesammtsache hat dießfalls insbesondere die Wirkung, daß alle später hinzukommenden Sachen in die Pfandverpflichtung eintreten, z. B. die zu einer verpfändeten Herde angekauften Viehstücke, so daß bei einem gänzlichen Wandel aller einzelnen Bestandtheile das Pfandrecht am Ganzen noch fortbesteht, daß es aber auch umgekehrt an denselben erlischt, wenn sie getrennt hintangegeben werden.

3. Ein weiterer Gegenstand des Pfandrechtes ist das Zugehör des Pfandes (vgl. I. Bd. S. 382). Da übrigens die Pertinenzeigenschaft einer Sache durch die Trennung derselben von der Hauptsache wieder aufhört, so könnte der Pfandgläubiger seine Ansprüche gegen den dritten redlichen Erwerber einer solchen abgetrennten Nebensache nicht geltend machen.

4. Ebenso wird als zum Umfange des Pfandrechtes gehörig auch der Zuwachs der Pfandsache bezeichnet (vgl. I. Bd. S. 382), also z. B. das angespülte Land, ein Gebäude, welches auf dem verpfändeten Grundstücke errichtet wird u. s. w. Unter den Zuwachs gehören auch die Früchte (§§. 294, 295, 296, 404 und 405 des b. G. B. — vgl. I. Bd. S. 492), so lange sie noch nicht abgesondert sind (§. 295 des b. G. B. — vgl. I. Bd. S. 382). Der Pfandgläubiger kann mithin auch auf dieselben greifen, ohne daß sie ihm insbesondere verpfändet zu werden brauchten, jedoch nur insoweit, als sie zur Zeit der Geltendmachung seines

[1]) In diesem Sinne erfloß die Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 26. November 1856, Z. 11394 (in der allg. österr. Ger. Ztg. J. 1858, Nr. 26 und in Glaser's und Unger's Sammlg. Nr. 241). Eine von A gegen die B'sche Concursmasse liquidirte Forderung war auf der ganzen Realität X grundbücherlich intabulirt, als B das Eigenthum der Hälfte jener Realität erwarb. Der Gerichtshof erkannte nun, daß die spätere Erwerbung der Hälfte der mit der Forderung des A belasteten Realität an dem für ihn darauf haftenden Pfandrechte und an dem Rechte, seine Forderung ungetheilt aus der ganzen Hypothek ohne Rücksicht auf deren Besitzer einzubringen, nichts ändere. Die B'sche Concursmasse habe also, indem sie die ideelle Hälfte des der eingeklagten Forderung zur Hypothek dienenden Reales in Besitz nahm, die ganze darauf hypothecirte, aus den öffentlichen Büchern ersichtliche Schuld übernommen. — Von derselben Anschauung geht die Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 15. Februar 1860, Z. 1140, in einem Nr. 92 der allg. österr. Ger. Ztg. J. 1860 dargestellten Rechtsfalle aus. — Ingleichen heißt es in einer Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 11. Juni 1856, Z. 5556 (allg. österr. Ger. Ztg. J. 1859, Nr. 112), die Haftung einer in mehrere ideelle Theile getheilten Realität sei ihrer Natur nach eine solidarische, es könne daher die darauf haftende Forderung zur Gänze aus jedem Hypothekstheile oder aus der ganzen Hypothek gefordert werden, denn es besteht kein Gesetz, welches eine Theilung des Pfandrechtes der bloßen Willkür des Pfandeigenthümers überließe; vielmehr geht aus dem Sinne und Geiste des Gesetzes hervor, daß das Pfandrecht an seiner Kraft und Ausdehnung durch die Veränderung des Eigenthümers des Pfandstückes nichts verliere und durchaus nicht geändert werde. — S. auch eine Entschdg. des Oberlandesgerichtes in Wien v. 17. April 1855, Z. 5488, u Nr. 53 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1855. — Vgl. übrigens eine entgegengesetzte Entscheidung v. 31. Mai 1854, Z. 574, in dem in Nr. 66 und 67 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1855 dargestellten Rechtsfalle.

[2]) S. Winiwarter, bürg. Recht Bd. 2, S. 259.

Pfandrechtes noch unabgesondert vorhanden sind. Der Eigenthümer des Pfandes ist also berechtiget, ungeachtet der geschehenen Verpfändung über seine Sache zu verfügen, sie zu veräußern (§. 466), zu benützen, und die Früchte derselben zu beziehen, die sohin im Momente der Absonderung sein freies Eigenthum werden[1]); ja er könnte ihren Bezug dem Pfandgläubiger nicht einmal giltig einräumen, da der §. 1372 verfügt, daß der Nebenvertrag, nach welchem dem Pfandgläubiger die Fruchtnießung der verpfändeten Sache zustehen solle, ohne rechtliche Wirkung ist. Eben in Folge des durch die Verpfändung wohl beschränkten, aber nicht ganz aufgehobenen Verfügungsrechtes steht dem Pfandeigenthümer auch das Befugniß zu, die Früchte der Pfandsache später auch noch einem anderen Gläubiger zu verpfänden; doch kann dieß natürlich nur unbeschadet der dem früheren Pfandgläubiger zustehenden Rechte geschehen. Dieser wird also durch eine solche nachträgliche Verpfändung nicht gehindert werden können, sein Pfandrecht auch auf die Früchte der Pfandsache geltend zu machen, die zur Zeit dieser Geltendmachung noch nicht abgesondert sind, und der spätere Gläubiger wird sich nur an die bereits abgesonderten halten können, in Beziehung auf die weiter erzielten Früchte aber dem älteren Pfandgläubiger nachstehen müssen.

5. Der §. 457 erwähnt zwar nicht insbesondere der Nutzungen (I. Bd., S. 412), und diese können auch nicht unter den Zuwachs im eigentlichen Sinne gerechnet werden; da er sich jedoch des Ausdruckes: „abgesondert oder bezogen“ bedient, so dürfte sich wohl das Pfandrecht, welches jemandem auf eine Sache eingeräumt wurde, auch auf die zur Zeit der Geltendmachung desselben noch nicht eingehobenen Nutzungen erstrecken[2]). Auf die Fälligkeit derselben scheint es hier, da das Gesetz derselben nicht erwähnt, auch nicht anzukommen, so daß die bereits eingehobenen, wenn auch noch nicht fällig gewesenen Nutzungen von dem Pfandgläubiger nicht in Anspruch genommen werden können; doch verfügt der §. 1102, daß der Bestandnehmer, wenn er mehr als eine Fristzahlung des Bestandzinses voraus geleistet hat, dieselbe nur in dem Falle, daß sie in die öffentlichen Bücher eingetragen ist, den später eingetragenen Gläubigern entgegensetzen kann[3]).

---

[1]) Der Gläubiger, dem die Hauptsache verpfändet ist, kann sie dann nicht mehr in Anspruch nehmen, noch weniger das, was daraus bereitet, oder aus ihrem Erlöse angeschafft wurde.

[2]) Nach der Ansicht des obersten Gerichtshofes, wie sie in mehreren Entscheidungen niedergelegt erscheint, können Bestandzinse und andere Nutzungen den natürlichen Früchten des Grundes nicht gleichgestellt werden; sie sind Civilfrüchte, nicht Zuwachs und Zugehör des Pfandes; in Bezug auf sie besteht in der Regel nur ein Obligationsverhältniß zwischen dem Verpflichteten und dem Berechtigten, und es steht daher dem letzteren frei, darüber so lange nach Belieben zu verfügen, als sie nicht von dem Pfandgläubiger mit Sequester belegt sind. — S. die Entscheidungen v. 5. Juni 1856, Z. 3996, in Glaser's und Unger's Sammlg. Nr. 96; vom 9. December 1856, Z. 10319, Nr. 46 ebd.; vom 26. Mai 1858, Z. 5086, Nr. 576 ebd. (und Nr. 105 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1863). — Dagegen spricht sich eine Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 30. Juni 1858, Z. 6588 (ebd. Nr. 587) und eine weitere vom 31. Mai 1859, Z. 5934 (ebd. Nr. 800 und Nr. 105 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1863) dahin aus, daß der §. 457 des a. b. G. B. zwischen natürlichen und Civilfrüchten nicht unterscheide, und daß das Gesetzbuch an andern Stellen (z. B. im §. 295 in Verbindung mit §. 330), wo es von den bezogenen Früchten spricht, sogar ausdrücklich auch die Civilfrüchte darin begreift, daher angenommen werden muß, daß das an einer unbeweglichen Sache eingeräumte Pfandrecht sich auch auf die Civilfrüchte derselben (Pachtzinse, Miethzinse u. dgl.) erstrecke. Nach §. 451 des a. b. G. B. erwirbt man das Pfandrecht an dem Grundstücke selbst, wie an dem Zugehör, somit an den natürlichen und Civilfrüchten desselben, nur durch den Eintrag in das öffentliche Buch, und einmal erworben kann es durch keinerlei Handlung eines späteren Gemein- oder Pfandgläubigers aufgehoben und eben so wenig in seinem, auf die Sache selbst und ihre natürlichen und Civilfrüchte sich erstreckenden Umfange beschränkt werden. Nur der Schuldner darf, so lange er an der Pfandsache das freie Verfügungsrecht hat, die natürlichen Früchte nach ihrer Absonderung und die bezogenen Civilfrüchte derselben sich zueignen und nach Belieben verwenden. So wie aber dem Schuldner der Besitz und die Verwaltung der Pfandsache entzogen und er dadurch außer Stande gesetzt ist, seinen Verbindlichkeiten nachzukommen, mußte das Gesetz, da in einem solchen Falle die Interessen seiner Gläubiger unter sich in Widerstreit gerathen, dafür Sorge tragen, daß jeder von ihnen erlange, was ihm nach dem Range seines Pfandrechtes zukommt. Darauf gründen sich die Vorschriften der Gerichtsordnungen, wornach in den Fällen der Sequestration und der Pfändung der Einkünfte eines unbeweglichen Gutes ein Sequester aufzustellen ist, welcher dieselben einzuheben, hiervon die Zinsen und andere jährlich zu leistenden Zahlungen abzuführen hat, und dem Sequestrationswerber nur den Rest zukommen lassen darf. Ohne diese vom Gesetze getroffene Vorsorge brauchte der einfache Gemeingläubiger nur die Pfändung oder, was dasselbe ist, die Einantwortung der Einkünfte eines Grundstückes sich zu erwirken, um mit dem Werthe derselben für seine Forderung vor den Pfandgläubigern befriedigt zu werden, deren Pfandrecht gleichwohl nach §. 457 des b. G. B. auch die Einkünfte des Gutes umfaßt. Die Vorschrift des §. 457 muß in dem der ratio legis entsprechenden Sinne verstanden werden, und daher sofort nach der Bewilligung der Sequestration oder der Pfändung der Einkünfte des Grundstückes zur Anwendung kommen.

[3]) S. Winiwarter, bürg. Recht Bd. 2, S. 260. — Nippel, Erläut. Bd. 3, S. 490 will dagegen die Analogie aus §. 330 angewendet wissen.

6. Die Ausübung des Pfandrechtes auf Früchte oder Gefälle (andere Einkünfte) geschieht durch Aufstellung eines Sequesters, welcher dieselben einzuheben und weiters nach den Bestimmungen der G. O. damit vorzugehen hat [1]), wenn jedoch diese Früchte oder Einkünfte in einem gewissen Betrage Geldes bestehen, den ein dritter zu entrichten hat, so wird ohne Bestellung eines Sequesters der Schuldner des Beklagten bloß angewiesen, die Zahlung so lange an den Kläger zu leisten, bis dessen Forderung getilgt ist [2]).

7. Da, besonders bei unbeweglichen Gütern, mehreren Gläubigern Pfandrechte auf dieselbe Sache zustehen können, welche sie im Wege der Sequestration ausüben wollen, so bestimmt das Hfd. vom 6. Mai 1814, Nr. 1085 der J.G.S., daß zwar wegen der von einem früheren Sequestrationswerber bewirkten Sequestration solche einem späteren nicht verweigert, jedoch durch diese spätere Bewilligung der frühere Sequestrationswerber in seinem dießfälligen Besitzrechte nicht beirrt, und ihm ohne seine Einvernehmung und Beistimmung kein anderer Sequester aufgedrungen, oder die Person des Sequesters abgeändert werden könne, sondern in einem solchen Falle die dem spätern Sequestrationswerber zu bewilligende Sequestration sich dahin zu beschränken habe, daß der bereits bestellte Sequester angewiesen werde, bei der Verwaltung des Gutes und Legung der Rechnung auch auf die weitere Sequestration Bedacht zu nehmen. Die Vorrechte der Sequestrationswerber und anderer Gläubiger und ihre rechtlichen Verhältnisse gegen einander werden übrigens durch eine solche Sequestration nicht verändert. Der Sequester hat also die Interessen von den auf die sequestrirte Realität bereits früher vorgemerkten Capitalien, so weit die Einkünfte des sequestrirten Gutes zureichen, nach Ordnung der Priorität der Capitalien abzuführen, und die Rechte des Sequestrationswerbers beschränken sich auf dasjenige, was nach Abzug dieser Auslagen von den Einkünften des sequestrirten Gutes erübrigt (Hfd. v. 12. October 1790, Nr. 63 der J. G. S.), keineswegs aber dürfen aus dem sequestrirten Erträgnisse die Zinsen der dem Sequestrationswerber nachfolgenden Satzgläubiger berichtigt werden [3]). Unter mehreren Sequestrationswerbern entscheidet, wie sich schon aus den oben entwickelten Grundsätzen von selbst ergibt, nicht die frühere Bestellung des Sequesters, sondern die, durch die frühere Eintragung in die öffentlichen Bücher bedingte Priorität des Pfandrechtes. Setzen wir also den Fall, A habe unterm 1. Jänner eines Jahres das Hypothekarrecht auf eine bestimmte Realität erworben und am 1. März n. J. seien die Früchte derselben Realität dem B verpfändet worden, so kann dieser immerhin deren Sequestration erwirken, nur müßte der Sequester die Zinsen des für den A intabulirten Capitales an den letzteren abführen, und B sich mit dem Reste der Einkünfte begnügen. Wenn aber sohin A selbst mit 1. October die Sequestration behufs der Befriedigung seiner Capitalsforderung begehrt, so muß ihm von diesem Zeitpunkte an B gänzlich nachstehen, ungeachtet für ihn die Sequestration vielleicht schon am 1. Juli eingeleitet wurde, bis die Schuld an A völlig abgetragen ist [4]). Die oben erwähnten Bestimmungen des Hfd. vom 12. October 1790 sind übrigens nach dem Hfkzld. vom 20. Jänner 1834, Nr. 2638 der J. G. S., auch auf politische Sequestrationen anwendbar, welche etwa wegen Steuerrückständen (Hfkzld. vom 2. September 1824, Nr. 2039 der J. G. S.) verhängt worden sind.

Der Nationalbank als Hypothekenbank (§§. 23, 24 des Fin. Min. Erl. v. 20. März 1856, Nr. 36 R. G. Bl.), der allg. österr. Bodencreditanstalt (Art. 112, 113 der Statuten, Min. Vdg. v. 1. Juni 1864, Nr. 49 R. G. Bl.), dann allen jenen Anstalten,

---

[1]) §. 320 der a. G. O. und 30. H. St. „von der Sequestration." — §. 422 der gal. G. O. und 30. H. St. derselben. — §. 411 und 30. H. St. der ital. G. O.

[2]) §. 321 der a., §. 425 der galiz. und §. 414 der ital. G. O. und Hfd. vom 4. Juni 1792, Nr. 22 der J. G. S.

[3]) S. die Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 14. October 1852 in der Gaz. dei Tribunali. 1853, Nr. 42. — Vgl. übrigens die Entscheidungen des obersten Gerichtshofes vom 5. Juni 1855, Z. 3990 in Glaser's und Unger's Sammlg. Nr. 96 und vom 9. December 1856, Z. 10319 ebd. Nr. 246.

[4]) S. die Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 19. Mai 1858, Z. 4912 in Nr. 32 der Ger. Halle v. J. 1858.

welche unter der Aufsicht der Staatsverwaltung statutenmäßig Creditgeschäfte betreiben (Min. Vdg. v. 28. Oct. 1865, Nr. 110 R. G. Bl., Art. IV, b), steht das Recht zu, das Pfandrecht auf die Früchte einer Realität durch Verpachtung des Gutes geltend zu machen.

8. Hat jemand zuerst die Früchte seines Gutes und später einem andern Gläubiger das Gut selbst verpfändet, so kann das (dingliche) Recht des ersteren durch die nachgefolgte Verpfändung an den letzteren nicht beirrt werden; es würde daher das gerade umgekehrte Verhältniß von jenem eintreten, welches unter der Z. 6 erörtert worden. Dieß fände auch dann statt, wenn die verpfändete Realität mit der Dienstbarkeit des Fruchtgenusses belastet gewesen wäre; auch in diesem Falle hätte nämlich der Pfandgläubiger keinen Anspruch auf die Früchte der Pfandsache, so lange die Fruchtnießung dauert, und erst wenn diese beendigt ist, würde sich sein Pfandrecht auch auf jene erweitern.

9. In manchen Fällen ist das Pfandrecht auf die Früchte eines Gutes beschränkt, so daß es nur an diesen ausgeübt werden kann; so bestimmt der §. 642: ein Fideicommißgläubiger kann die Bezahlung einer selbst mit gerichtlicher Bewilligung auf dem Fideicommisse haftenden Schuld nicht aus dem Stammgute, sondern nur aus den Einkünften desselben verlangen; so verfügt das Hfd. vom 7. April 1798, Nr. 407 der J. G. S.: Die Intabulation und Pränotation auf eine mit dem Heimfälligkeitsrechte wirklich behaftete Realität hat in der Regel, jedoch nur ad fructus statt; so heißt es in dem Hfd. vom 27. Juni 1791, Nr. 170 ebd.: daß bei Executirung eines mit einer geistlichen Pfründe versehenen Geistlichen zwar das Vermögen der Pfründe, so viel es die Substanz betrifft, nicht angegriffen werden könne, wohl aber die Einkünfte der geistlichen Pfründe, so weit sie dem Geistlichen zu seinem Genusse gehörig sind, und in seiner Verwaltung stehen, mit Execution belegbar seien u. s. w.

§. 458.

Rechte und Verbindlichkeiten des Pfandgläubigers: a) bei Entdeckung eines unzureichenden Pfandes;

Wenn der Werth eines Pfandes durch Verschulden des Pfandgebers oder wegen eines erst offenbar gewordenen Mangels der Sache zur Bedeckung der Schuld nicht mehr zureichend gefunden wird; so ist der Gläubiger berechtiget, von dem Pfandgeber ein anderes angemessenes Pfand zu fordern.

1. Im allgemeinen muß sich der Gläubiger mit dem ihm eingeräumten Pfande begnügen, da sich die Wirkung nicht weiter, als der Grund derselben erstrecken kann [1]); doch hat das Gesetz in zwei Ausnahmsfällen dem Pfandgläubiger das Recht eingeräumt, ein anderes angemessenes Pfand zu fordern. Der erste dieser Fälle tritt dann ein, wenn der Werth des Pfandes durch Verschulden des Pfandgebers so vermindert wird, daß es zur Bedeckung der Schuld nicht mehr zureicht. Dieß könnte am leichtesten bei Grundstücken durch schlechte Verwaltung, bei Gebäuden durch Vernachlässigung der erforderlichen Reparaturen u. dgl., nicht aber durch Einräumung neuer Pfandrechte geschehen, da bei diesen die Priorität entscheidet. Wäre dießfall erst die Gefahr vorhanden, daß der Pfand-Schuldner die Sache verderben oder Schaden nehmen lasse, so könnte nach §. 293 der a., §. 388 der gal. und §. 377 der ital. G. O. die Sequestration als mittlerweilige Vorkehrung erwirkt werden, ist aber die Verschlimmerung schon wirklich eingetreten, so kann der Gläubiger eben die Bestellung eines andern Pfandes begehren. Es kann daher die Erwirkung einer mit Vertrag bestellten Hypothek durch Pränotation auf andere Grundstücke des Schuldners dann, aber auch nur dann für zuläßig erkannt werden, wenn der Gläubiger (nebst den allgemeinen Erforderniſſen zur Erwirkung einer Vormerkung) in dem Pränotationsgesuche darthut, daß die Hypothek (aus einem der im §. 458 des b. G. B. angeführten Gründe) zur Bedeckung seiner Forderung nicht mehr ausreicht; denn in den Fällen, wo durch Vertrag eine Hypothek bestellt worden ist, streitet die

[1]) S. Winiwarter, bürg. Recht Bd. 2, S. 264.

Vermuthung dafür, daß der Gläubiger die ihm eingeräumte Hypothek für hinlänglich erkannt, und deßhalb damit sich zufrieden gestellt habe. Er muß daher, um ein ausgedehnteres Pfandrecht zu erlangen, die in Gemäßheit des §. 458 des b. G. B. eingetretene Verminderung der Sicherheit, und zwar schon in dem Pränotationsgesuche nachweisen, da in dem Rechtfertigungsprocesse nur über die Liquidität der versicherten Forderung verhandelt werden kann [1]). Anders gestaltet sich die Sache, wenn die Forderung, für welche die Pränotation angesucht wird, bereits fällig ist, weil dann nach §. 465 des b. G. B. der Pfandgläubiger nicht mehr schuldig ist, sich an sein Pfand zu halten, sondern nach den Vorschriften der Gerichtsordnung berechtigt erscheint, auch auf andere Vermögenschaften seines Schuldners zu greifen [2]). Bei einer durch Zufall herbeigeführten Verschlechterung des Pfandes muß (wie schon oben S. 37 bemerkt wurde) der Pfandgläubiger die Verminderung seiner Sicherheit eben auch als einen Zufall tragen (§. 1311 und Schluß a majori ad minus aus §. 467 und 1447); würde endlich der Pfandgläubiger selbst an der Verschlimmerung der verpfändeten Sache Schuld tragen, so hätte er sogar dafür zu haften (§. 459).

2. Der zweite Ausnahmsfall ist dann vorhanden, wenn das Pfand wegen eines erst offenbar gewordenen Mangels der Sache zur Bedeckung der Schuld als nicht mehr zureichend gefunden wird, z. B. wenn der für echt verpfändete Schmuck als falsch erschiene. Es tritt hier eigentlich ein Fall der Gewährleistung ein, in Ansehung deren die §. 922 und 923 bestimmen, daß derjenige, der eine Sache auf entgeltliche Art einem andern überläßt, dafür zu haften habe, daß sie die ausdrücklich bedungenen oder gewöhnlich dabei vorausgesetzten Eigenschaften habe, und daß sie der Natur des Geschäftes, oder der getroffenen Verabredung gemäß benützt oder verwendet werden könne. Hierbei wird erfordert: a) daß der fragliche Mangel zur Zeit der Pfandbestellung schon vorhanden war; würde er erst später eingetreten sein, so kämen die unter Z. 1 entwickelten Grundsätze zur Anwendung; b) daß er damals nicht offenbar gewesen sei; denn fallen die Mängel einer Sache in die Augen, oder sind die auf der Sache haftenden Lasten aus den öffentlichen Büchern zu ersehen, so findet nach §. 928 außer dem Falle einer ausdrücklichen Zusage, daß die Sache von allen Fehlern und Lasten frei sei, keine Gewährleistung statt.

3. Hätte der Pfandgeber eine fremde Sache für die seinige als Pfand bestellt, so träte zufolge §. 923, wenn der Pfandgläubiger nicht schon durch die Verfügung des §. 456 geschützt ist, für ihn ebenfalls die Befugniß des §. 458 ein.

4. Dieser Anspruch muß übrigens im Weigerungsfalle, wie jedes andere vorenthaltene Recht, im Wege der Klage geltend gemacht werden (§. 19) [3]).

5. Welches Pfand ein angemessenes sei, bestimmt der §. 1374 dahin, daß bei Häusern die Hälfte, bei Grundstücken und beweglichen Gütern aber zwei Drittheile des Schätzungswerthes der Sache als Deckung anzunehmen seien.

6. Wäre der Schuldner nicht im Stande, ein solches angemessenes Pfand zu bestellen, so scheint der Gläubiger allerdings, wenn die Bestellung einer zureichenden Sicherheit vertragsmäßig festgesetzt wurde, sofort nach §. 932 die gänzliche Aufhebung des Vertrages fordern, also die Schuld, ohne an die sonst bestimmten Termine gebunden zu sein, eintreiben zu können.

7. Hätte jemand aus Irrthum ein übermäßiges Pfand bestellt, z. B. einen echten Schmuck, den er für unecht hielt, für eine ganz geringe Forderung verpfändet, so kämen die allgemeinen Bestimmungen der §§. 871—875 über den Irrthum bei Verträgen zur Anwendung; weßhalb auch wahrscheinlich die noch im galiz.

---

[1]) Entscheidungen des obersten Gerichtshofes vom 3. December 1856, Z. 11261, in Glaser's und Unger's Sammlg. Nr. 245; — vom 11. März 1853, Z. 2359 in der Ger. Halle J. 1859, Nr. 32, — und vom 17. Jänner 1854, Z. 419, in der allg. österr. Ger. Ztg. J. 1859, Nr. 100, und in Glaser's und Unger's Sammlg. Nr. 963.

[2]) S. den Aufsatz von Dr. Max Neuda, zur Lehre von der Pränotation in Nr. 50 der allg. österr. Ger. Ztg. J. 1860 und die dort angeführte Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 26. Jänner 1859, Z. 264.

[3]) Pawlowicz (in seinem Aufsatze: Zwei Fragen aus dem Gebiete des Pfandrechtes, Haimerl's Mag. Bd. 8, S. 317) meint, daß in dem vorliegenden Falle die Besitzstörungsklage anwendbar sei.

G. B. (Thl. II, 239) für diesen Fall enthaltene Verfügung, daß es dem Gläubiger frei stehe, eine andere, aber angemessene Sicherheit zu leisten, in unser G. B. nicht aufgenommen wurde.

§. 459.

[Rechte und Verbindlichkeiten des Pfandgläubigers] b) vor dem Verfalle;

Ohne Bewilligung des Pfandgebers darf der Gläubiger das Pfandstück nicht benützen; er muß es vielmehr genau bewahren, und wenn es durch sein Verschulden in Verlust geräth, dafür haften. Geht es ohne sein Verschulden verloren, so verliert er deßwegen seine Forderung nicht.

§. 460.

Hat der Gläubiger das Pfand weiter verpfändet; so haftet er selbst für einen solchen Zufall, wodurch das Pfand bei ihm nicht zu Grunde gegangen oder verschlimmert worden wäre.

1. Das Pfandrecht ist dem Gläubiger nach §. 447 nur zu dem Zwecke eingeräumt, damit er aus der verpfändeten Sache, wenn die Verbindlichkeit zur bestimmten Zeit nicht erfüllt wird, die Befriedigung erlange. Diesen Zweck würde die Benützung des Pfandes nicht nur nicht fördern, sondern eher gefährden; deßhalb bestimmt der §. 459 im Eingange, daß der Pfandgläubiger ohne Bewilligung des Pfandgebers das Pfandstück nicht benützen dürfe. Bei unbeweglichen Gütern ist eine solche Benützung ohnehin nicht wohl thunlich, da diese sich nicht in den Händen des Pfandgläubigers befinden. Die Benützung kann übrigens dem letzteren allerdings eingeräumt werden, jedoch nur unter der Beschränkung des §. 1372, vermöge welcher die Fruchtnießung der verpfändeten Sache gänzlich untersagt ist, der bloße Gebrauch des beweglichen Pfandstückes aber auf eine dem Schuldner unschädliche Art geschehen muß.

2. Der Pfandgläubiger ist im allgemeinen verpflichtet, das Pfandstück genau zu bewahren (§. 961) und haftet daher auch für den aus der Unterlassung der pflichtmäßigen Obsorge verursachten Schaden, nicht aber für den Zufall (§§. 459 und 964). Geräth also die Pfandsache durch sein Verschulden in Verlust, oder wird sie durch positive oder negative Handlungen desselben vorsätzlich oder in Folge eines bloßen Versehens zu Grunde gerichtet oder verschlechtert, so muß er dafür Schadenersatz leisten (§. 1295).

3. Trifft dagegen die Sache ein bloßer Zufall, der nicht durch ein Verschulden des Pfandgläubigers veranlaßt wurde, so muß der Eigenthümer die Folgen desselben tragen (§. 1311); doch leidet auch der Gläubiger insofern darunter, als er die Sicherstellung verliert und nicht berechtiget ist, von dem Pfandgeber ein anderes angemessenes Pfand zu verlangen (§. 458 und oben S. 40 d. B.). Dagegen wird er durch den Untergang oder die Verschlechterung des Pfandes in keinem Falle seiner Forderung verlustig, und dieß zwar auch dann nicht, wenn die Beschädigung des Pfandstückes durch sein Verschulden herbeigeführt wurde, weil das Hauptrecht immerhin ohne die Nebenberechtigung fortbestehen kann, und das Verschulden nur die Pflicht zum Schadenersatze begründet, sonst aber keine weiteren im Gesetze nicht ausdrücklich enthaltenen Folgen nach sich zieht[1]). Allerdings kann es aber geschehen, daß die Forderung des Gläubigers durch die Gegenforderung des Pfandgebers erschöpft werde, wenn nämlich der Werth des Pfandes den Betrag der dadurch versichert gewesenen Forderung erreicht oder übersteigt.

4. Der §. 454 räumt dem Pfandgläubiger selbst das Recht ein, sein Pfand einem dritten wieder zu verpfänden, und der §. 1305 bestimmt, daß derjenige, der

---

[1]) Es geht also nicht an, aus dem Schlußsatze des §. 458 etwa eine Folgerung a contrario zu ziehen, vermöge welcher der Gläubiger bei einem selbstverschuldeten Verluste des Pfandstückes auch seine Forderung verlieren müßte; denn der Gesetzgeber wollte nur einem schon in den römischen Rechtsquellen angeregten Zweifel begegnen, ob nämlich bei einem zufälligen Verluste der Gläubiger nicht ebenfalls den Zufall tragen, und seine Forderung aufgeben müsse.

von seinem Rechte innerhalb der rechtlichen Schranken Gebrauch macht, den für einen andern daraus entspringenden Nachtheil nicht zu verantworten habe. Diesen Grundsätzen zufolge sollte bei einer Afterverpfändung der Pfandgläubiger nur für ein Verschulden des Afterpfandnehmers haften, wofern ihm hier selbst in Ansehung der Auswahl der Person ein Verschulden beigemessen werden kann [1]); der §. 460 geht aber weiter, und legt ihm auch für einen solchen Zufall die Haftung auf, durch welchen das Pfand bei ihm nicht zu Grunde gegangen oder verschlimmert worden wäre; wie wenn z. B. ein verpfändetes Viehstück in dem Stalle des Afterpfandnehmers von einer Feuersbrunst verzehrt worden wäre, die es in dem Hause des ersten Pfandgläubigers nicht betroffen hätte. Zeiller sucht (in seinem Comment. Bd. 2, S. 272) diese Anordnung damit zu rechtfertigen, „daß die Begünstigung der Afterverpfändung, die sich aus dem Begriffe der Verpfändung und der Absicht des ersten Verpfänders schwerlich ableiten läßt, nicht so weit gehen könne, daß sie dem Eigenthümer zum Nachtheile gereichen sollte" — wir können aber nicht umhin, in der gedachten Verfügung um so mehr eine Inconsequenz zu finden, als der §. 965 den Verwahrer nur dann für den Zufall haften läßt, wenn er die hinterlegte Sache ohne Erlaubniß des Hinterlegers [2]) einem dritten in Verwahrung gegeben hat, und als der §. 1111 dem Miether und Pächter nur für ihr eigenes und des Afterbestandnehmers Verschulden, nicht aber für den Zufall eine Haftung auferlegt.

§. 461.

[Rechte und Verbindlichkeiten des Pfandgläubigers] c) nach dem Verfalle der Forderung.

Wird der Pfandgläubiger nach Verlauf der bestimmten Zeit nicht befriediget; so ist er befugt, die Feilbietung des Pfandes gerichtlich zu verlangen. Das Gericht hat dabei nach Vorschrift der Gerichtsordnung zu verfahren.

1. Das Recht des Pfandgläubigers, die Feilbietung des Pfandes zu verlangen, um sich dadurch zahlhaft zu machen, bildet eigentlich den wesentlichsten Inhalt des Pfandrechtes; es fließt so aus der Natur desselben, daß es zu seiner Begründung keiner besonderen Verabredung (pactum de vendendo pignore) bedarf, sondern vielmehr der Nebenvertrag, daß der Gläubiger nach der Verfallzeit die Veräußerung des Pfandes nicht verlangen dürfe (pactum de non vendendo pignore), als der Natur des Pfandrechtes widersprechend, als eine contradictio in adjecto, zufolge §. 1371 ungiltig wäre.

2. Damit der Pfandgläubiger von seinem Veräußerungs-Befugnisse Gebrauch machen könne, wird erfordert:

a) daß die Schuld fällig, d. h. der durch Gesetz oder Vertrag bestimmte Zahlungstag (§. 1334) gekommen sei [3]); und

b) daß der Schuldner seine Verbindlichkeit nicht erfüllt habe (§§. 447 und 462).

3) Die Befriedigung des Gläubigers aus dem Pfande hat in der Regel mittelst Feilbietung desselben zu geschehen, weil auf diese Weise der größtmögliche Preis erzielt werden kann, und sohin der Gläubiger nicht mehr erhält, als ihm gebührt, der Schuldner aber keinen größeren Nachtheil erleidet, als eben zur Befriedigung des Gläubigers nothwendig ist. Das Gesetz (§. 1371) erklärt deßhalb den Nebenvertrag, daß nach der Verfallzeit der Schuldforderung das Pfandstück dem Gläubiger zufalle (lex commissoria) [4]), oder daß er es nach Willkür oder in einem schon im voraus

---

[1]) So heißt es beim Bevollmächtigungsvertrage im §. 1010: „Wird dem Gewalthaber die Bestellung eines Stellvertreters in der Vollmacht ausdrücklich gestattet, . . . so verantwortet er nur ein bei der Auswahl der Person begangenes Verschulden."

[2]) Die Erlaubniß ist bei der Afterverpfändung, so wie beim Afterbestande (§. 1098) im Gesetze (§. 454) gegeben.

[3]) Der §. 461 bedient sich deßhalb auch der Worte: „nach Verlauf der bestimmten Zeit" und in der Marginalinschrift heißt es: Rechte des Pfandgläubigers „nach dem Verfalle der Forderung", sowie im §. 1371 „nach der Verfallzeit".

[4]) Dieses schon von Kaiser Constantin ausgesprochene Verbot hat auch die Reichspolizei-Ordnung von 1577, Tit. XX., §. 5 aufgenommen.

bestimmten Preise veräußern, oder für sich behalten könne, für ungiltig. Dagegen dürfte die Verabredung, daß der Gläubiger berechtigt sein solle, die Pfandsache um den Marktpreis (Börsenpreis), oder um einen erst bei nicht rechtzeitig erfolgter Zahlung zu bestimmenden angemessenen Preis außergerichtlich, aus freier Hand, oder mittelst einer außergerichtlichen Feilbietung zu verkaufen, oder um einen solchen Preis an Zahlungsstatt zu übernehmen, keineswegs als verboten erscheinen; ja selbst eine von dem Gläubiger eigenmächtig unternommene Veräußerung würde aufrecht bleiben, wenn der Pfandschuldner dieselbe nachträglich (ausdrücklich oder stillschweigend) genehmigt, oder sich des Rechtes zur Bestreitung derselben nicht bedient [1]).

4. Nach römischem Rechte mußte der Gläubiger, welcher zum Verkaufe des Pfandes schreiten wollte, in der Regel dem Verpfänder hiervon die Anzeige (denunciatio) machen, und sohin die gesetzliche Frist (beim Privatpfande zwei Jahre, beim gerichtlichen zwei Monate) beobachten. Erst nach Ablauf desselben konnte die Veräußerung des Pfandes stattfinden, welche aber nur beim gerichtlichen Pfande auch unter richterlicher Intervention zu geschehen hatte. Dagegen mußte nach deutschem Rechte die Distraction des Pfandes jederzeit gerichtlich vorgenommen werden. Diesem letzteren Sisteme hat sich auch das österr. Gesetzbuch angeschlossen, indem es im §. 461 bestimmt, daß der Pfandgläubiger die Feilbietung des Pfandes gerichtlich zu verlangen befugt sei, und daß das Gericht dabei nach Vorschrift der Gerichtsordnung zu verfahren habe.

5. Die Frage, in welcher Weise der Pfandgläubiger die Feilbietung des Pfandes gerichtlich zu verlangen habe, ist unter den österr. Rechtslehrern streitig. Dr. Franz Ritter v. Minasiewicz hat zuerst in der österr. Zeitschr. 1835, II., S. 369 und sohin ebd. 1837, I., S. 187 und II., S. 159 [2]) die Behauptung aufgestellt, daß der Pfandgläubiger vor der wirklichen Ausübung des Pfandrechtes zur vorläufigen Liquidirung der versicherten Forderung nicht verhalten werden könne, sondern berechtiget sei, bei der Verfallzeit derselben sogleich die Schätzung und Feilbietung der verpfändeten Sache, und zwar mittelst eines einfachen Gesuches zu begehren, welches in der Regel sogar ohne vorläufige Vernehmung der Gegenpartei bewilliget werden müsse. In einem weiteren Aufsatze [3]) (in der Zeitschr. für österr. Rechtsgel. 1839, I., S. 282) wurde diese Ansicht von dem Verf. näher dahin entwickelt, daß die fragliche Procedur nur dann Platz greife, wenn die Verfallszeit der Forderung völlig bestimmt, also weder bedingt, noch sonst dergestalt unbestimmt ist, daß dieselbe nur durch Vernehmung beider Theile zur völligen Bestimmtheit gebracht werden kann; wenn ferner diese bestimmte Verfallzeit der Forderung bei der Intabulirung der Forderung im Passivstande des Pfandgutes im Hauptbuche ausgedrückt erscheint, und der Pfandgläubiger seinem Gesuche einen Tabular-Extract beigelegt hat, aus welchem sein wirklicher Besitz des Pfandrechtes, das Quantum seiner Forderung und die Verfallzeit derselben erhellet; daß dagegen in allen Fällen, in welchen entweder das Quantum der Forderung oder die Verfallzeit nicht völlig bestimmt erscheint, zwar eine vorläufige Vernehmung des Schuldners erforderlich sei, ohne daß sich jedoch hieraus die Nothwendigkeit einer Klage und eines gegen den Schuldner anzustrengenden Processes von Seite des Gläubigers herleiten ließe, sondern daß es auch hier genüge, wenn nur über die im Schätzungsgesuche geschehenen Angaben des Gläubigers der Schuldner, ohne einen förmlichen Proceß einzuleiten, vernommen und hierüber durch einen Bescheid entschieden würde. Den Hauptgrund dieser Behauptungen findet Dr. v. Minasiewicz in der Verfügung der §§. 323 und 324

---

[1]) S. den Aufsatz von Dr. Joh. Swoboda, über die Befugniß des Gläubigers zur Veräußerung der Pfandsache in Nr. 46 der Ger. Halle v. J. 1861.

[2]) Untersuchung der Frage, ob der Pfandgläubiger, welcher die Befriedigung seiner versicherten Forderung aus der verpfändeten Sache erhalten will, jederzeit die Liquidität dieser Forderung zu erwirken verbunden sei; dann Nachtrag zu dieser Abhandlung und Fortsetzung der gedachten Untersuchungen.

[3]) Ueber die Art des gerichtlichen Verfahrens über ein von dem Hypothekargläubiger nach der Verfallzeit seiner Forderung auf die Feilbietung und respective Schätzung des Pfandgutes an den Richter zufolge des §. 461 b. G. B. gestellten Gesuches.

des b. G. B., weil der Besitzer eines Pfandrechtes die Vermuthung eines giltigen Titels für sich habe, und nach dem Hfd. vom 15. Jänner 1787, Nr. 621 der J. G. S., lit. cc nicht aufgefordert werden könne, die Rechtmäßigkeit seines Besitzes zu beweisen; vielmehr nach dem Hfd. vom 29. August 1818, Nr. 1488 der J. G. S., §. 4, derjenige, welcher die Giltigkeit einer den öffentlichen Büchern einverleibten Urkunde (bei dem Hypothekarrechte) bestreiten will, eine ordentliche Klage auf Löschung der Urkunde überreichen, folglich die Ungiltigkeit derselben erweisen müsse. Da nun zufolge des §. 449 des b. G. B. der Rechtstitel zur Hypothek nichts anderes, als eine giltige Forderung sein kann, so liege es in der Natur der Sache, daß bei einer Hypothekarklage, die lediglich die Realisirung des Pfandrechtes bezweckt, die dem Pfandrechte zum Grunde liegende Forderung nicht liquidirt werden dürfe, weil sonst der Gläubiger gegen die klare Vorschrift der oberwähnten §§. 323 und 324 verhalten würde, den Rechtstitel seines Hypothekarbesitzes zu beweisen. — J. Turnes stimmt mit der oben dargestellten Ansicht in ihrem ersten Punkte überein, weicht jedoch von Dr. v. Minasiewicz darin ab, daß er von dem Gläubiger vor der wirklichen Ausübung des bereits früher besessenen Pfandrechtes in jedem Falle eine Klage fordert, womit derselbe nicht die Liquidität der persönlichen Forderung darthun, wohl aber sein Pfandrecht liquidiren, d. i. die noch rechtlich wirksame Existenz desselben und den Eintritt der Verfallzeit der Forderung erweisen, und somit über das ihm gebührende Pfandrecht und den Umfang desselben ein Urtheil erwirken müsse, weil kein Recht, es sei von was immer für einer Beschaffenheit, persönlich oder binglich, sogleich mit der Execution ausgeführt werden könne, wenn dasselbe nicht vorher liquidirt, d. h. durch ein Urtheil oder einen gerichtlichen Vergleich richtig gestellt, formalisirt worden ist [1]). — Kopezky behauptet dagegen, daß der Pfandgläubiger jederzeit mit einer Klage auftreten müsse, wenn er seine Befriedigung aus der verpfändeten Sache suchen will, und daß er in dieser Klage, wenn sie gegen den Personalschuldner gerichtet ist [2]), die Richtigkeit der seinem Pfandrechte zum Grunde liegenden Forderung zu erweisen habe, und wir stimmen dieser Ansicht vollkommen bei. Der §. 461 gestattet nämlich dem Gläubiger, nach dem Verfalle der Forderung die Feilbietung der verpfändeten Sache zu verlangen, und weist das Gericht an, dabei nach Vorschrift der Gerichtsordnung zu verfahren, nicht bloß die Feilbietung nach Vorschrift der G. O. vorzunehmen; es ist also offenbar ein Verfahren zwischen Parteien vorausgesetzt, das zufolge der in Frage stehenden Anordnung nach den Bestimmungen der G. O., an denen das b. G. B. gewiß nichts ändern wollte, eingerichtet werden muß. Die G. O. verfügt aber, wenige nicht hierher gehörige Ausnahmsfälle abgerechnet, daß die Execution — und die gerichtliche Feilbietung der verpfändeten Sache ist nichts anderes, als ein Executionsschritt — nur über einen richterlichen Spruch oder gerichtlichen Vertrag (Vergleich) ertheilt werden solle [3]); es muß also, um die Feilbietung nach Vorschrift der G. O. durchzuführen, jederzeit ein ordentliches Verfahren, und weil dieses in der Regel nur durch die Klage eingeleitet werden kann [4]), eine ordentliche Klage vorausgehen [5]). In dieser hat nun der Kläger keineswegs den Titel zum Pfandrechte zu beweisen, weil er sich eben im Besitze des Pfandrechtes befindet, und der Besitzer die Vermuthung eines giltigen Titels für sich hat; allein der Titel zum Pfandrechte muß

---

[1]) Civilrechtsfall über die Frage: ob der Pfandgläubiger verpflichtet sei, vor der Realisirung des Pfandrechtes die versicherte Forderung wider den Personalschuldner oder Hypothekarbesitzer zu liquidiren? (Zeitschr. für österr. Rechtsgel. 1837, I., S. 297), und Schlußerörterung der Controversfrage: ob zur Realisirung des Pfandrechtes nach §. 461 des b. G. B. eine Klage, oder bloß ein Gesuch um die gerichtliche Feilbietung und respective vorläufige Schätzung des Pfandgutes erforderlich sei (ebd. 1838, I., S. 377).

[2]) Der Fall, wenn sie gegen einen dritten Besitzer der verpfändeten Sache gerichtet wird, findet bei der Erläuterung des §. 466 eine umständliche Erörterung.

[3]) §. 298 der a., §. 385 der gal. und §. 396 der ital. G. O.

[4]) §. 1 der a., gal. und ital. G. O.

[5]) Kopezky: Ueber die Natur der Hypothekarklage nach dem österr. a. b. G. B. (Zeitschr. f. öst. Rechtsgel. 1837, II., S. 251), und Dr. Josef Kopp, über Hypothekarklagen, in Nr. 28 ff. der Ger. Halle v. J. 1859.

von der durch das Pfand versicherten Forderung wohl unterschieden werden, wie aus §. 449 (s. oben S. 8) erhellet. Diese muß der Gläubiger allerdings erweisen, der sein Pfandrecht ausüben will, da sie den Grund der dießfälligen Klage enthält [1]). Bezüglich der Geltendmachung des Hypothekarrechtes ist nunmehr in der Justiz-Minist. Vdg. vom 19. September 1860, Nr. 212 des R. G. Bl., ausdrücklich entschieden, daß der Hypothekargläubiger seine Forderung gerichtlich nur mittelst Klage geltend machen kann; und obwohl dieses Gesetz lediglich vom Hypothekargläubiger spricht, so ist doch wohl anzunehmen, daß das nämliche auch vom Faustpfandgläubiger zu gelten habe, da §. 461 des a. b. G. B. zwischen beiden durchaus nicht unterscheidet; auch scheint der §. 1 des in Frage stehenden Gesetzes einen Beleg für die Richtigkeit der Ansicht zu enthalten, daß in jener Klage nicht das Pfandrecht, sondern die durch das Pfand versicherte Forderung liquidirt werden müsse, da es darin heißt, daß der Pfandgläubiger seine „Forderung" gerichtlich mittelst Klage geltend machen müsse [2]). Um übrigens die Einbringung der landtäflich, stadt- oder grundbücherlich einverleibten Forderungen zu erleichtern, wurden in Folge allerh. Entschl. vom 12. Juli 1859 durch Justiz-Minist. Vdg. vom 18. Juli 1859, Nr. 130 des R. G. Bl., die mit der kais. Vdg. vom 21. Mai 1855, Nr. 95 des R. G. Bl., erlassenen Bestimmungen über das beschleunigte Verfahren zur Einbringung der auf Notariatsacten beruhenden Forderungen auch dann für anwendbar erklärt, wenn über alle Thatsachen, wodurch die Forderung des Klägers gegen den Geklagten sowohl in der Hauptsache als rücksichtlich der Nebengebühren rechtlich begründet ist, der Beweis durch in Urschrift von unbedenklicher äußerer Form beigebrachte Urkunden, auf deren Grund die eingeklagte Forderung in einer Landtafel, einem Stadt- oder Grundbuche einverleibt erscheint, hergestellt wird, wofern nur gegen die gerichtliche Verordnung, in Folge deren die Einverleibung vor sich ging, weder ein Recurs anhängig, noch auch bücherlich angemerkt ist, daß die Post streitig sei.

6. Hat sohin der Pfandgläubiger einen richterlichen Ausspruch zu seinen Gunsten erwirkt, so steht es ihm bevor, um die Execution desselben anzusuchen (§. 301 der a., §. 401 der gal. und §. 390 der ital. G. O.). Hierbei kömmt nun weiter zu unterscheiden:

a) Ist die verpfändete Sache ein unbewegliches Gut, so muß nach dem Hfd. vom 12. October 1790, Nr. 65 der J. G. S., lit. b) das Urtheil, wiewohl es sich auf eine bereits intabulirte Forderung bezieht, dennoch dem öffentlichen Buche einverleibt werden, jedoch nicht, als ob der Schuld das Pfandrecht erst durch diese Vormerkung eingeräumt würde, sondern in der Absicht, damit nach Maß des bereits durch die erste Vormerkung erwirkten Pfandrechtes die Execution über das Urtheil der Ordnung nach fortgeführt werden könne [3]). Die weiteren Bestimmungen über die Schätzung und Feilbietung der unbeweglichen Güter sind in den §§. 323 — 339 der a., §§. 428—452 der gal. und §§. 415—439 der ital. G. O. enthalten.

b) Bei der Ausübung des Pfandrechtes auf bewegliche Sachen fällt der erste Executionsgrad, die Pfändung durch den Gerichtsdiener, hinweg [4]), weil sich der Kläger ohnedieß schon im Besitze des Pfandes befindet, und es ist mithin sogleich

---

[1]) S. Kopezky: Ueber das Verfahren bei der Hypothekarklage, oder Untersuchung der Frage: ob und inwiefern der Hypothekargläubiger die Forderung zu liquidiren habe? (Zeitschr. für österr. Rechtsgel. 1838, I., S. 241).

[2]) S. meinen Aufsatz über die o. a. Minist. Vdg. in Nr. 124 und 125 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1860, und den Aufsatz: Die Justiz-Minist. Vdg. vom 19. September 1860, Nr. 212 des R. G. Bl., in Nr. 41 der Ger. Halle v. J. 1860.

[3]) Der §. 426 der gal. (§. 415 der ital.) G. O. verfügt: Wenn der Kläger auf ein liegendes Gut die Execution führen wollte, so soll der Richter ihm auf sein Anlangen hierauf das Pfandrecht, sofern er dasselbe nicht schon durch vorläufige Vormerkung erwirkt hätte, ertheilen und verwilligen, daß der Spruch oder Vertrag zu dem Ende den öffentlichen Büchern, wie jeden Ortes ein dingliches Recht erlangt wird, einverleibt werde.

[4]) §. 454 (452) der gal. und §. 441 der ital. G. O. verfügt, daß, wenn der Kläger auf das fahrende Gut des Schuldners die Execution führen will, der Richter die gerichtliche Pfändung, wofern der Kläger nicht bereits mit einem Faustpfande versehen wäre, verwilligen soll.

zur Schätzung und Feilbietung nach den Bestimmungen des §. 347 der a., §. 460 der gal. und §. 447 der ital. G. O. zu schreiten. Bei gepfändeten Privatforderungen insbesondere ist (nach dem Hfd. vom 27. October 1797, Nr. 385 der J. G. S.) auch keine Schätzung vorzunehmen, sondern wenn es nach erwirkter Pfändung auf derselben Feilbietung ankommt, sind sie nach dem Betrage, auf den die Schuldbriefe ausgestellt sind, auszurufen. In Ansehung der Execution auf öffentliche Obligationen bestimmt das Hfkzld. vom 23. Februar 1844, Nr. 778 der J. G. S., daß die Veräußerung derselben, wenn sich die Parteien über eine andere Veräußerungsart nicht vereinigen können, auf der öffentlichen Börse zu Wien eingeleitet werden solle, an den übrigen Orten aber im Wege der öffentlichen Versteigerung vorzunehmen sei, wobei jedoch, ohne einer Schätzung Raum zu geben, wenn die Parteien sich über den Werth derselben nicht vereinigen können, der aus dem Courszettel der Wiener Börse, und in Ermanglung desselben aus der Zeitung der Provinzial-Hauptstadt zu erhebende letzte Cours als Ausrufspreis anzunehmen ist. Wenn endlich Früchte und Lebensmittel, die zur Zufuhr und zum Verkaufe auf öffentlichen Marktplätzen bestimmt sind, in Execution gezogen werden sollen, so ist nach dem Hfd. v. 20. Mai 1796, Nr. 299 der J. G. S., und dem Hfd. v. 22. Jänner 1800 (Kropatsch. G. S. Bd. 14, S. 47) jederzeit ein Sequester zu bestellen, welcher den Verkauf, den Marktvorschriften gemäß, zu besorgen hat.

7. Eine besondere Begünstigung in Bezug auf die Realisirung des Pfandrechtes genießt

a) die österr. priv. Nationalbank, indem sie bei Verfallzeit und nicht geleisteter Rückzahlung eines von ihr gegebenen Darlehens berechtigt ist, ohne irgend eine Rücksprache mit der Partei und ohne gerichtliches Einschreiten die Veräußerung des Pfandes zu ihrer Schadloshaltung entweder ganz oder theilweise einzuleiten; im Falle des Verkaufes werden dem bei der Partei ausständigen Capitale die Zinsen, die Erfolglassungsgebühr, der Betrag für Sensarie, Licitations- oder sonstige Kosten und eine besondere Verkaufsprovision von einem drittel vom Hundert der gesammten Forderung zugeschlagen und nur der erübrigte Betrag gegen Zurückstellung des Pfandscheines und förmliche Abquittirung erfolgt (§. 43 des Ges. vom 27. December 1862, Nr. 2 des R. G. Bl. v. J. 1863). Dieses Vorzugsrecht zur Erholung ihrer Ansprüche steht der Nationalbank zufolge §. 73 ihrer Statuten nicht nur auf jene Gelder und Effecten, welche ihr von dem Schuldner zur Sicherheit für ihre Forderungen übergeben worden sind, sondern ohne Unterschied auf alles bewegliche Vermögen ihres Schuldners zu, in dessen Inhabung sie durch was immer für Geschäfte gelangt ist; und sie kann in der Ausübung desselben auf Gelder und Effecten, welche sie unter den ihr vorgeschriebenen Vorsichten als ein Vermögen ihres Schuldners übernommen hat, selbst durch Eigenthums-Ansprüche oder andere früher erworbene Rechte dritter Personen nicht gehindert werden, insofern sie für die Nationalbank bei der Uebernahme nicht deutlich erkennbar waren. Die Bank hat endlich das Recht, nach Maß ihrer Statuten und ihres Reglements sich selbst, ohne gerichtliche Dazwischenkunft aus den obigen Mitteln zahlhaft zu machen, und hat somit den Ausgang eines anhängigen Rechtsstreites nicht abzuwarten.

b) In ähnlicher Weise ist die k. k. priv. österr. Creditanstalt für Handel und Gewerbe nach §. 80 ihrer neuen Statuten vom 20. Mai 1864 berechtigt, sich aus den Geldern, Effecten und sonstigen Werthgegenständen, welche ihr von dem Schuldner oder für denselben zu ihrer Sicherheit übergeben worden sind, oder in deren Inhabung sie durch ein ihr statutenmäßig zustehendes Geschäft gekommen ist, vor allen andern Gläubigern zahlhaft zu machen, ohne hierzu die gerichtliche Hilfe ansuchen zu müssen. Nur bei jenen Effecten, die von dem börsemäßigen Verkehre ausgeschlossen sind, hat sie die Versteigerung bei dem k. k. Handelsgerichte in Wien anzusuchen. Dieselbe muß ihr gegen Vorlegung eines Ausweises über den ziffermäßigen Betrag ihrer Forderung sofort bewilligt und bei einem einzigen anzuberau-

menden Termine vorgenommen werden. Börsemäßige Effecten läßt die Creditanstalt in solchem Falle durch einen beeideten Börsesensal an der k. k. Börse zu Wien verkaufen. Sie kann (nach §. 81 ebd.) in der Geltendmachung ihrer Ansprüche auf die erwähnten Gegenstände weder durch den Tod des Schuldners oder des Eigenthümers, noch durch die Eröffnung des Concurses über das Vermögen eines derselben gehindert werden. Sie ist nur verpflichtet, den nach Befriedigung ihrer Forderung erübrigten Betrag an die Verlassenschafts- oder Concursmasse zu erfolgen.

c) Nahezu gleiche Vorrechte sind der Triester Commercialbank (nach §. 41 ihrer Statuten v. J. 1858) eingeräumt, nur daß daselbst als börsemäßige Effecten diejenigen bezeichnet werden, die in den Börselisten aufgeführt erscheinen, und daß die Bank sich bezüglich der Realisirung ihrer Pfänder, wo eine gerichtliche Intervention nothwendig ist, an das Handels- und Seegericht in Triest zu wenden hat.

d) Nach den Statuten der nieder-österreichischen Escompte-Gesellschaft geschieht der Verkauf der bei ihr verpfändeten Effecten und Waaren ohne gerichtliche Intervention im Wege der öffentlichen Feilbietung oder börsemäßigen Veräußerung. Die Gesellschaft kann überhaupt durch keinen Anspruch eines dritten an ihrer statutenmäßigen Gebarung verhindert werden, insofern dieser Anspruch für die Gesellschaft bei der Uebernahme irgend eines Gutes nicht deutlich erkennbar war; sie hat das unbedingte Vorzugsrecht zur Erholung ihrer eigenen Ansprüche an den in ihrer Inhabung befindlichen Geldern und Effecten, und kann sich aus diesen Mitteln nach Maß der Statuten und der Geschäftsordnung ohne weiteres zahlhaft machen. Ebenso lautet der §. 107 der Statuten der böhmischen Escompte-Bank vom 16. Mai 1863 (allerh. Entschl. vom 6. Jänner n. J.).

e) Der galizisch-ständ. Creditanstalt ist nach §. 44 ihrer Statuten in Absicht auf die Einbringung der rückständigen Zinsen, Rückzahlungsraten und sonstigen Gebühren die Wahl überlassen, entweder die politische oder die gerichtliche Execution zu ergreifen. Letztere ist (nach §. 46 ebd.) gegen die Mitglieder des Vereines und gegen die dritten Besitzer des verpfändeten Gutes, nebst den in der Gerichtsordnung bezeichneten Fällen, auch über das lediglich mit einer Abschrift des betreffenden Schuldscheines und des Landtafel-Zeugnisses über dessen Einverleibung auf das Gut, dann mit dem Auszuge aus dem Hauptbuche des Vereines belegte gerichtsordnungsmäßige Gesuch der Vereinsdirection oder über das mit dem schiedsrichterlichen Urtheile belegte Ansuchen des Schiedsgerichtes, ohne Einvernehmung der Gegenpartei zu bewilligen. Die Execution kann durch Sequestration (§§. 48 ff.), oder durch Verpachtung (§. 57), oder durch Veräußerung (§§. 58 ff.) des verpfändeten Gutes geschehen.

f) Nach §. 2, lit. d der Statuten der bei der priv. österr. Nationalbank errichteten Abtheilung für den Hypothekar-Credit (Fin. Min. Erl. vom 20. März 1856, Nr. 36 R. G. Bl.) ist die Nationalbank berechtigt, auf Grund des zu ihren Handen ausgestellten Schuldscheines oder einer andern Verbindlichkeitserklärung und der Auszüge aus ihren Hauptbüchern gegen den säumigen Schuldner oder den Besitzer des verhypothecirten Gutes sogleich die Execution anzusuchen, wenn die bezügliche Verpflichtungsurkunde gerichtlich oder von einem Notar legalisirt worden ist. — Wenn die Zahlung der Zinsen oder des Capitals, der Capitalsraten oder der Annuitäten zur Verfallsfrist nicht erfolgt, so ist die Nationalbank (nach §. 20) berechtigt, sich aus solchen Geldern und Effecten des persönlichen Schuldners, in deren Inhabung sie durch was immer für ein Geschäft gelangt ist, ohne gerichtliche Dazwischenkunft zahlbar zu machen. Sie ist aber auch berechtigt, ihre Darlehensforderung sogleich im Wege der Execution einbringlich zu machen. Die gerichtliche Execution kann (nach §. 21) auch auf andere als die eben erwähnten beweglichen Güter des persönlichen Schuldners oder auf das der Nationalbank verpfändete unbewegliche Gut geführt werden. In beiden Fällen hat das Wiener Landesgericht auf Grund der gelieferten Nachweisungen die Execution zu bewilligen und zu

vollziehen, oder wenn dasselbe nicht die zuständige Behörde wäre, die Vollziehung der Execution von der letzteren zu verlangen. Die Art, wie die Execution vorzunehmen ist, bestimmen die §§. 22—38. Die Execution auf das verpfändete unbewegliche Gut wird entweder durch die Sequestration oder durch die Veräußerung des Gutes vollzogen; auch kann die Nationalbank die einzelnen oder die gesammten Erträgnisse des sequestrirten Gutes, jedoch nur im Wege der öffentlichen Versteigerung, verpachten.

g) Nahezu gleichlautenden Inhaltes sind die Art. 85 lit. c, dann die Art. 109 und 110—127 der Statuten der k. k. priv. allgemeinen österreichischen Boden-Creditanstalt in Wien (Minist. Erl. vom 1. Juni 1864, Nr. 49 R. G. Bl.).

h) Gemeiniglich ist auch den Pfandleihanstalten (Versatzämtern) das Recht eingeräumt, nach Ablauf der Verfallzeit des gegebenen Darlehens die nicht ausgelösten Pfänder ohne gerichtliche Intervention in öffentlicher Versteigerung zu verkaufen und sich aus dem Erlöse derselben sowohl bezüglich der Darlehenssumme, als der ausständigen Interessen und der Licitationsgebühr zahlhaft zu machen.

i) Weiters wurde laut Inhalt einer Vdg. des Handels-Minist. vom 2. Febr. 1852, Nr. 42 des R. G. Bl., den auf Grundlage der Directiven vom 26. September 1844 (pol. G. S. Bd. 72, S. 224) eingerichteten Sparcassen das Recht zugestanden, die bei ihnen verpfändeten Staatsschuldverschreibungen und Bankactien, wenn zur Verfallzeit das dafür gewährte Darlehen sammt Zinsen nicht einbezahlt wird, ohne gerichtliche Dazwischenkunft zu veräußern[1]).

k) Nach §. 17 der Minist. Vdg. vom 23. März 1859, Nr. 48 des R. G. Bl., über die Errichtung einer Fleischcasse für die reichsunmittelbare Stadt Triest, wird, wenn vor dem Ablaufe des bestimmten Termines ein einzelner, oder die eine Gesellschaft bildenden Fleischhauer den bewilligten Vorschuß nicht gänzlich zurückbezahlt haben sollten, durch das Comité der Fleischcasse, ohne weitere gerichtliche Procedur, das im Schlachthofe zurückbehaltene Schlachtvieh im Schlachthofe selbst öffentlich veräußert. Wenn der aus dem öffentlichen Verkaufe gelöste Ertrag die aushaftenden Vorschüsse nicht decken sollte, so ist das Comité berechtigt, bis zur gänzlichen Berichtigung der Vorschüsse, Zinsen und allfälligen Auslagen auf die erlegte Caution zu greifen.

l) Weiters bestimmt das Hfkzld. vom 16. August 1841, Nr. 555 der J. G. S., daß Forderungen des Staates an seine Beamten und Diener und der letzteren an den Staat, welche lediglich aus dem Dienstverhältnisse abgeleitet werden (mit alleiniger Ausnahme des Rechnungsprocesses nach dem Hfkzld. v. 17. Februar 1843, pol. G. S. Bd. 71, S. 38), im administrativen Wege auszutragen seien. Zur Realisirung der von Staats- und Fondsbeamten eingelegten Cautionen, welche in öffentlichen Fondsobligationen oder in Anlagen bei dem Staatsschuldentilgungsfonde bestehen, ist daher nach dem Hfkmrd. vom 3. Jänner 1842, Nr. 583 der J. G. S., sobald die Ersatzpflicht des Beamten durch eine keiner weiteren Berufung unterliegende administrative Entscheidung ausgesprochen ist, ein weiteres Erkenntniß der Gerichtsbehörde nicht erforderlich, sondern es ist ohne weitere Verzögerung mit der Veräußerung derselben vorzugehen. Ebenso können nach dem Hfkmrd. vom 1. December 1834, Nr. 2775 der J. G. S., Abzüge an Gehalten oder Pensionen der Staatsdiener und Militärpersonen zur Hereinbringung oder Sicherstellung der aus dem Dienstverhältnisse entspringenden Aerarialforderungen von der einschlä-

[1]) Diese Begünstigung ist ihnen ohne alle Bedingung auf diesen oder jenen Fall eingeräumt, und daher auf alle Fälle, mithin auch auf den Fall anwendbar, wo über das Vermögen eines oder des andern ihrer Schuldner der Concurs eröffnet wurde, u. z. um so mehr, als durch die Ausschließung dieses letzterwähnten Falles, in welchem die fraglichen Institute eines gesetzlichen Schutzes mehr als in irgend einem andern bedürfen, die ihnen zugestandene Begünstigung gegen den Sinn und Wortlaut des Gesetzes vereitelt, und gerade unter den dringendsten Umständen zu nichte gemacht würde (Entschdg. des obersten Gerichtshofes vom 9. December 1858, Z. 13397 in Nr. 30 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1859).

gigen administrativen Behörde ohne Dazwischenkunft der Gerichte angeordnet, und von den Cassen entweder unmittelbar oder durch die denselben vorgesetzten Behörden erwirkt werden. Diese Vorschriften sind durch das Hfd. v. 11. Jänner 1836, Nr. 115 der J. G. S., auch auf alle städtischen, ständischen und Fondsbeamten, insofern es sich um Ersätze aus ihrem Dienstverhältnisse an die städtischen, ständischen oder öffentlichen Fonds handelt, für anwendbar erklärt worden.

m. Jene Anstalten, welche unter Aufsicht der Staatsverwaltung statutenmäßig Creditgeschäfte betreiben, sind berechtigt, zur Hereinbringung ihrer durch statutenmäßige Geschäfte entstandenen Forderungen aus den ihnen dafür bestellten Faustpfändern, nach ihrer Wahl sich entweder des im Art. 310 oder des im Art. 311 des Handelsgesetzbuches (s. u.) vorgezeichneten Verfahrens zu bedienen, gleichviel ob die Forderungen Kaufleuten gegenüber aus Handelsgeschäften hervorgegangen sind, und ob eine schriftliche Vereinbarung über die Bestellung des Faustpfandes und über das Verfahren stattgefunden hat oder nicht. Der nach Art. 310 des Handelsgesetzbuches erwirkte öffentliche Verkauf des Faustpfandes erfolgt nach Anweisung des §. 47 des Einführungsgesetzes zum Handelsgesetzbuche (Min. Vdg. v. 28. Oct. 1865, Nr. 110 R. G. Bl., Art. III).

n. Die anglo-österreichische Bank in Wien ist berechtigt, sich aus Effecten und sonstigen Werthgegenständen ihres Schuldners, welche ihr von dem Schuldner oder für denselben zu ihrer Sicherheit übergeben worden sind, oder in deren Innhabung sie durch ein ihr statutenmäßig zustehendes Geschäft gelangt ist, für ihre Forderungen vor allen anderen Gläubigern und ohne Rücksicht auf die Ansprüche dritter Personen, insofern diese Ansprüche der Bank nicht schon bei der Uebergabe bekannt oder deutlich erkennbar waren, zahlhaft zu machen, und zwar in der Art, daß sie an einer öffentlichen Börse notirte Effecten an dieser durch einen befugten Sensalen ohne vorhergegangenes gerichtliches Einschreiten verkaufen, andere Werthgegenstände aber öffentlich feilbieten läßt. Diese Feilbietung ist von dem Handelsgerichte in Wien, oder dem zuständigen Handelsgerichte einer Zweigniederlassung über ein mit dem notariell beglaubigten Buchauszuge oder sonstigen Ausweise über den ziffermäßigen Betrag der Forderung belegtes Gesuch sofort zu bewilligen, und bei einem einzigen Termine vorzunehmen (Min. Vdg. vom 28. Juli 1864, Nr. 67 R. G. Bl.).

o. Werden die von der Hypothekenbank des Königreiches Böhmen gegen Verpfändung von Werthpapieren gegebenen Vorschüsse zur Verfallzeit nicht eingezahlt, so steht ihr das Recht zu, dieselben ohne gerichtliche Dazwischenkunft nach dem börsenmäßigen Tagescourse zu veräußern und sich daraus für den Vorschuß sammt Zinsen, Kosten und Auslagen bezahlt zu machen (§. 39, Z. 5 der Min. Vdg. v. 26. Dec. 1864, Nr. 99 R. G. Bl., kundgemachten Statuten).

p. Die Pfandleihgesellschaft in Wien ist berechtigt, die bis zur Verfallzeit nicht ausgelösten oder umgesetzten Pfänder, ohne in weiteren Verkehr mit den Eigenthümern derselben treten, oder die Intervention der Gerichte in Anspruch nehmen zu müssen, durch ihre Pfandleihanstalten Waaren in öffentlichen Versteigerungen geschäftsordnungsmäßig zu versteigern, Werthpapiere aber durch einen beeideten Sensal an der k. k. Börse in Wien verkaufen zu lassen, und sich aus dem Erlöse derselben für ihre Ansprüche an Capital, Zinsen und Nebengebühren, sowie an Licitationskosten zahlbar zu machen (§. 21 der durch Min. Vdg. v. 26. Juni 1864, Nr. 56 R. G. Bl., kundgemachten Statuten).

q. Bei Pfandgeschäften, Prolongations- oder Kostgeschäften, welche Börsegeschäfte sind, haben die Bestimmungen des Artikels 311 des allgemeinen Handelsgesetzbuches (s. u.) auch dann Anwendung zu finden, wenn das Geschäft nicht unter Kaufleuten für eine Forderung aus beiderseitigen Handelsgeschäften entstanden, und wenn auch nicht schriftlich vereinbart ist, daß der Gläubiger ohne gerichtliches Verfahren sich aus dem Pfande befriedigen könne. (Ges. vom 1. April 1875, Nr. 67 des R. G. Bl., §. 15.)

r. Bei Handelsgeschäften überhaupt ordnen die Art. 310 und 311 des Handelsgesetzbuches an: Art. 310. Ist die Bestellung eines Faustpfandes unter Kaufleuten für eine Forderung aus beiderseitigen Handelsgeschäften schriftlich erfolgt, so kann der Gläubiger, wenn der Schuldner im Verzuge ist, sich aus dem Pfande sofort bezahlt machen, ohne daß es einer Klage gegen den Schuldner bedarf. — Der Gläubiger hat die Bewilligung hierzu unter Vorlegung der erforderlichen Bescheinigungsmittel bei dem für ihn zuständigen Handelsgerichte nachzusuchen, von welchem hierauf ohne Gehör des Schuldners und auf Gefahr des Gläubigers der Verkauf der verpfändeten Gegenstände oder eines Theiles derselben verordnet wird. — Von der Bewilligung, sowie von der Vollziehung des Verkaufes hat der Gläubiger den Schuldner, soweit es thunlich, sofort zu benachrichtigen; unterläßt er die Anzeige, so ist er zum Schadenersatze verpflichtet. Um den Verkauf zu bewirken, ist der Nachweis der Anzeige nicht erforderlich. — Art. 311. Wenn die Bestellung eines Faustpfandes unter Kaufleuten für eine Forderung aus beiderseitigen Handelsgeschäften erfolgt, und schriftlich vereinbart ist, daß der Gläubiger ohne gerichtliches Verfahren sich aus dem Pfande befriedigen könne, so darf, wenn der Schuldner im Verzuge ist, der Gläubiger das

Pfand öffentlich verkaufen lassen; er darf in diesem Falle, wenn die verpfändeten Gegenstände einen Börsenpreis oder Marktpreis haben, den Verkauf auch nicht öffentlich durch einen Handelsmäkler, oder in Ermanglung eines solchen, durch einen zu Versteigerungen befugten Beamten zum laufenden Preise bewirken. Von der Vollziehung des Verkaufes hat der Gläubiger den Schuldner, soweit es thunlich, sofort zu benachrichtigen; bei Unterlassung der Anzeige ist er zum Schadenersatze verpflichtet.

Ueber die Art der Geltendmachung dieses Pfandrechtes bestimmt der §. 47 des Einführungsgesetzes zum Handelsgesetzbuche: Für den nach Art. 310 des Handelsgesetzbuches vorzunehmenden öffentlichen Verkauf hat das bewilligende Gericht einen einzigen Termin festzusetzen und in der für executive Versteigerungen üblichen Weise kundzumachen. Eine Schätzung hat der Commissär vor dem Verkaufe nur dann zu veranlassen, wenn die zu verkaufenden Gegenstände weder einen Börsepreis oder Marktpreis haben, noch auch in Privatschuldurkunden bestehen, und wenn zugleich beide Theile darüber einig sind, daß die Schätzung stattfinde, oder eine der Parteien die Vornahme der Schätzung auf ihre Kosten verlangt.

Handelt es sich um Geltendmachung des Pfandrechtes auf, in einem öffentlichen Lagerhause erliegende Waaren, so kommen die §§. 13 und 16 der Min. Vdg. v. 19. Juni 1866, Nr. 88 des R. G. Bl., in Anwendung. Ersterer bestimmt: Wenn in dem Falle einer aus dem Indossement ersichtlichen Verpfändung (§. 12 b, o. S. 24) auch der Betrag und die Verfallszeit der Pfandforderung, dann Namen, Stand und Wohnort des Gläubigers angegeben und diese Angabe von dem Pfandschuldner unterfertigt ist, so steht dem Besitzer des Lagerscheines das Recht zu, sich ohne gerichtliches Verfahren im Sinne des Art. 311 H. G. B. und der §§. 44 und 45 des Einführungsgesetzes zum H. G. B., ohne daß es einer weiteren schriftlichen Vereinbarung bedarf, aus dem Pfande zu befriedigen; letzterer sagt: Die Anstalt ist verpflichtet, nach der Verfallszeit der auf dem Indossement ersichtlich gemachten Pfandforderung (§. 12 b und 13) die Vornahme des executiven Verkaufes zu gestatten und ihrerseits auf jede Weise zu erleichtern.

Dazu bestimmt der §. 44 des Einführungsgesetzes zum Handelgesetzbuche: Das Recht aus dem kaufmännischen Faustpfande, das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht und das gesetzliche Pfandrecht des Commissionärs, Spediteurs und Frachtführers am Commissions-, Speditions- und Frachtgute, wovon die Art. 309—311, 313—315, 374 und 375, 382 und 409—411 des Handelsgesetzbuches handeln, können im Falle des Concurses in jener Weise und mit derselben Wirkung wie außerhalb desselben gegen den Schuldner geltend gemacht werden. Es ist jedoch auch die Vertretung der Concursmasse von denjenigen Schritten in Kenntniß zu setzen, von welchen nach dem Handelsgesetzbuche der Schuldner zu benachrichtigen ist.

§. 462.

Vor der Feilbietung des Gutes ist jedem darauf eingetragenen Pfandgläubiger die Einlösung der Forderung, wegen welcher die Feilbietung angesucht worden, zu gestatten.

1. Wird eine mit Pfandrechten belastete Sache in oder außer dem Concurse, im Wege der executiven Feilbietung hintangegeben, so erlöschen, wie sich bei der Erläuterung der §§. 464 und 469 ergeben wird, die Pfandrechte aller derjenigen Gläubiger, welche durch den erzielten Kaufschilling nicht befriedigt werden konnten, es ist also bei solchen Feilbietungen nicht nur der Exequent selbst, sondern es sind auch die übrigen Pfandgläubiger dabei betheiligt, und mithin für den Gesetzgeber die Veranlassung vorhanden, nach Möglichkeit allen Interessenten einen ausreichenden Schutz zu gewähren. Bei beweglichen Sachen tritt der Fall einer Verpfändung an mehrere Personen nur selten ein, da das Pfandrecht nach dem a. b. G. B. nur durch die Uebergabe erworben wird, eine solche aber in der Regel nicht an mehrere zugleich Platz greifen kann; wohl aber findet eine Concurrenz von Hypothekargläubigern bei unbeweglichen Gütern sehr häufig statt, daher auch für diesen Fall besondere Anordnungen in unseren Gesetzen getroffen wurden [1]).

2. Diese bestehen zuvörderst darin, daß bei executiven Versteigerungen unbe=

---

[1]) So beziehen sich die gleich zu erwähnenden Vorschriften über die Verständigung der Pfandgläubiger von der im Executionswege angesuchten Versteigerung der Pfandsache nur auf Immobilien, und ebenso scheint auch der §. 462 nur von diesen zu gelten, da er von „eingetragenen" Pfandgläubigern spricht. — Vgl. Winiwarter, bürgerl. Recht, Bd. 2. S. 270. Anderer Meinung ist Nippel, Erläut. Bd. 3, S. 507. — Höchstens dürften die im Contexte zu erörternden Bestimmungen im Wege der Analogie auch auf verkäufliche Gewerbe angewendet werden können, da auf dieselben Pfandrechte gleichfalls durch „Vormerkung" oder „Eintragung" in den betreffenden Gewerbsprotokollen erworben werden.

weglicher Güter die darauf vorgemerkten Gläubiger insbesondere erinnert, und zur Licitationstagsatzung zuverlässig einberufen werden müssen (Hfd. v. 31. August 1792, Nr. 43 der J. G. S.; Hfd. vom 13. December 1793; Hfd. vom 7. April 1785, Nr. 403 der J. G. S., und Hfd. vom 18. April 1788, Nr. 812 ebd.; §§. 147 und 438 der galiz. G. O., §§. 94 und 99 der ital. G. O.). Dieß hat auch in Rücksicht der außer Landes wohnenden oder ob ihres Aufenthaltes unbekannten Gläubiger zu geschehen, und zwar nach der Weisung der §§. 391 und 392 der a. G. O. (§§. 512 und 513 der gal., §§. 498 und 499 der ital. G. O.) und des Hfd. vom 18. Mai 1790, Nr. 23 der J. G. S., nämlich durch Aufstellung eines Curators ad actum und durch Ausfertigung eines öffentlichen Edictes (Hfd. vom 4. Juli 1794, Nr. 183 ebd., lit. a); ferner in Ansehung der erst nach eingeleiteter Feilbietung später zur Vormerkung gelangenden Gläubiger, und zwar, wenn es nicht mehr an der Zeit wäre, an den Gläubiger selbst das nöthige gelangen zu lassen, durch Bestellung eines Vertreters von Amtswegen (Hfd. vom 4. Juli 1794, lit. b.)[1]) Die Zustellung der in Frage stehenden Feilbietungs-Erinnerung kann nach dem Hfd. vom 20. Juli 1810, Nr. 609 der J. G. S., an die bekannten Sachverwalter und Bevollmächtigten der vorgemerkten Gläubiger zu eigenen Händen giltig geschehen, und bezieht sich nach dem Hfd. v. 6. Mai 1847, Nr. 1063 der J. G. S., nur auf den ersten Feilbietungstermin, so daß sie bei Anberaumung der ferneren Termine nicht wiederholt zu werden braucht[2]). Auf diese Weise werden die Hypothekargläubiger in den Stand gesetzt, bei der angeordneten Feilbietung zu erscheinen, dabei mitzubieten (Hfd. vom 31. August 1792, Nr. 43 der J. G. S.), und solchergestalt ihre Rechte wahrzunehmen[3]). Handelt es sich um die Feilbietung einer auf einem unbeweglichen Gute haftenden Satzpost, so hat nicht die Verständigung sämmtlicher auf der betreffenden Realität vorgemerkten Gläubiger, sondern nur jener Gläubiger zu geschehen, welche auf der Satzpost, um deren Feilbietung es sich handelt, superintabulirt oder superpränotirt sind[4]).

3. Das Gesetz räumt ferner den Hypothekargläubigern noch ein weiteres Befugniß ein, welches man mit dem Namen des Ablösungs- oder Abfindungsrechtes (auch des Angebotsrechtes, Juris offerendi) zu bezeichnen pflegt. Es kann nämlich einem solchen Gläubiger sehr oft daran gelegen sein, den Schaden, der ihm durch den ungünstigen Verkauf eines verhypothecirten Gutes droht (s. oben S. 51), abzuwenden, was dadurch geschehen kann, daß er die Forderung, wegen welcher die Feilbietung angesucht worden, einlöst, und dadurch in die Rechte des exequirenden Gläubigers eintritt (§. 1358). Ist der Schuldner hiermit einver-

---

[1]) Ueber die Anfrage, ob auch die superintabulirten und superpränotirten Gläubiger einer Cridarealität insbesondere von dem eröffneten Concurse zu verständigen seien, wurde durch das Hfd. vom 16. März 1811, Nr. 935 erklärt, daß dieß nicht erforderlich sei, weil derlei Gläubiger nicht Gläubiger des Cridatars, sondern Gläubiger eines Concursgläubigers sind; daß es jedoch bei der bei dem böhmischen Landrechte bestandenen Uebung, in Concursfällen nicht bloß die pränotirten und intabulirten, sondern auch die superpränotirten und superintabulirten Gläubiger von dem ausgebrochenen Concurse insbesondere zu verständigen, sein Verbleiben haben solle.

[2]) Da bei der Art, wie in Tirol und Vorarlberg die Protokolle und Bücher in hypothekarischer Hinsicht geführt werden, es nicht möglich ist, alle eingetragenen Pfandgläubiger zuverlässig zu erheben, und also in Concurs- und Executionsfällen jene gesetzliche Vorsehung anzuwenden, welche nach hergestellten ordentlichen Landtafeln und Grundbüchern die G. O. den Pfandgläubigern zu Statten kommen läßt, so wurden in Folge a. h. Entschl. vom 24. December 1814 die mit einem Pfandrechte versehenen Gläubiger aufmerksam gemacht, daß sie selbst auf die Concurs- und Feilbietungstermine Acht zu nehmen, und damit ihren Pfandrechten kein Nachtheil zugehe, zu wachen haben, da sie nach verflossener Anmeldungsfrist oder nach vollbrachter Versteigerung mit einer Klage über erlittenen Schaden nicht mehr gehört werden können. Eine ähnliche Bestimmung enthält das Hfd. vom 2. Juni 1827, Nr. 2283 der J. G. S., für jene Bezirke des vormals venetianischen Antheiles des Küstenlandes, wo die sog. Notifikenbücher bestehen. Die Behörden wurden zwar dadurch angewiesen, die durch Notification versicherten Gläubiger, inwieweit ihre Namen aus einem gehörig eingerichteten Register ersichtlich sind, oder füglich auf eine andere Art sogleich in Erfahrung gebracht werden können, einzeln vorzuladen, es wurde aber zugleich bestimmt, daß wegen unterbliebener, namentlicher und besonderer Vorladung einzelner Gläubiger weder die Concursverhandlung, die Versteigerung oder Einantwortung eines unbeweglichen Gutes als ungiltig angefochten, noch eine Entschädigungsklage erhoben werden könne.

[3]) S. Kopetzky: Ueber das Rechtsverhältniß der Hypothekargläubiger bei nothwendigen gerichtlichen Feilbietungen unbeweglicher Güter und über das Jus offerendi (Zeitschr. für österr. Rechtsgel. 1834, II., S. 1).

[4]) S. die Entschdg. des Oberlandesgerichtes zu Wien vom 22. Juni 1858, Z. 7339, Ger. Halle J. 1858, Nr. 29.

standen, so waltet keine Schwierigkeit ob, weil der §. 1422 für diesen Fall verfügt, daß der Gläubiger die Bezahlung annehmen, und dem Zahler sein Recht abtreten müsse. Ohne Einwilligung des Schuldners kann aber dem Gläubiger die Zahlung von einem dritten in der Regel nicht aufgedrungen werden (§. 1423). Von dieser Regel macht nun der §. 462 eine Ausnahme, welche in der billigen Berücksichtigung ihren Grund hat, daß es einerseits dem abgefundenen Gläubiger gleichgiltig sein müsse, von wem er seine Befriedigung erhalte, während anderseits der Einlösende dadurch in den Stand gesetzt wird, einen günstigeren Zeitpunkt für die Versteigerung abzuwarten, und so einen höheren Preis zu erzielen, bei welchem er hoffen kann, auch seine Forderung befriedigt zu sehen.

4. Die Frage, wem das jus offerendi zustehe, muß dahin beantwortet werden, daß es auf die eingetragenen Pfandgläubiger beschränkt sei, also einem andern Gläubiger des Schuldners nicht gebühre, weil nur den ersteren daran liegen kann, die unzeitige Feilbietung des Hypothekargutes abzuwenden, daß dagegen kein Grund vorhanden ist, den früheren Hypothekargläubiger davon auszuschließen, da auch dieser, wiewohl nur in selteneren Fällen, z. B. als Verwandter oder künftiger Erbe des Schuldners [1]), ein Interesse haben kann, von dem in Frage stehenden Rechte Gebrauch zu machen, und da der §. 462 es ausdrücklich „jedem" eingetragenen Pfandgläubiger einräumt. Wollten mehrere das jus offerendi ausüben, so dürfte, da der Rang der Hypothek keinen Einfluß haben kann, die Prävention entscheiden [2]), zumal den übrigen Offerenten, wenn der Einlösende in der Folge um die Execution ansuchen sollte, wieder freisteht, von ihrem Einlösungsrechte Gebrauch zu machen und dadurch die Feilbietung hinauszuschieben [3]).

5. Das jus offerendi kann nicht früher geltend gemacht werden, als nachdem der abzufindende Gläubiger schon um die Feilbietung der Hypothek angesucht, und eben dadurch zu erkennen gegeben hat, daß er seine Forderung bezahlt haben wolle [4]); es hört aber auch nach vollzogener Feilbietung auf, weil dann schon der Meistbieter ein Recht auf die versteigerte Realität erworben hat, und der Zweck des Einlösungsbefugnisses, die Feilbietung hintanzuhalten, nicht mehr erreichbar ist.

6. Die Einlösung muß ihrem Begriffe nach vollständig sein, d. h. der abzufindende Gläubiger muß alles erhalten, was er durch die Realisirung seines Pfandrechtes erlangt hätte; also nach Umständen nicht nur die Capitalsschuld, sondern auch Zinsen und Proceßkosten.

7. Dem Ablösungsrechte des Offerenten muß natürlich die Verpflichtung entgegenstehen, sich die Ablösung gefallen zu lassen; würde daher der Exequent sich dessen weigern, so könnte nach §. 1425 die gerichtliche Hinterlegung Platz greifen.

8. Durch die Zahlung (oder Hinterlegung) des Betrages der Forderung, wegen welcher die Feilbietung angesucht worden, tritt der einlösende nach §. 1358 in die Rechte des bezahlten Gläubigers, wie wenn eine wirkliche Uebertragung derselben im Wege der Cession (§. 1392) stattgefunden hätte (vgl. auch §§. 1422 und 1423); er erlangt also die eingelöste Forderung sammt dem

---

[1]) S. Winiwarter, bürg. Recht, Bd. 2, S. 270.

[2]) S. Kopezky, a. a. O. S. 21.

[3]) Kopezky behauptet (a. a. O. S. 27), das jus offerendi gebühre auch dem Bürgen und dem Mitschuldner zur ungetheilten Hand, weil auch bei ihnen dasselbe Interesse eintritt, den unzeitigen oder ungünstigen Verkauf eines Gutes hintanzuhalten, wie bei dem Hypothekargläubiger, also ganz derselbe Grund, aus welchem das Gesetz dem letzteren das jus offerendi gestattet. Diese Ansicht scheint uns aber bei dem bestimmten Wortlaute des §. 462, der nur von eingetragenen Pfandgläubigern spricht, denn doch einigen Bedenken zu unterliegen. Eben so wenig glauben wir es einem Dienstbarkeitsberechtigten zugestehen zu können.

[4]) Kopezky (a. a. O. S. 31) behauptet, daß jede Handlung, aus welcher die Absicht des Gläubigers, die Befriedigung mit seiner Forderung zu erhalten, bestimmt entnommen werden kann (z. B. schon die Ueberreichung der Klage gegen den Pfandschuldner von Seite eines Hypothekargläubigers), hinreichend sei, um das jus offerendi zu begründen, da die Worte des §. 462 „vor der Feilbietung" keinen terminum a quo, sondern nur einen terminum ad quem enthalten; allein der §. 462 gestattet ja ausdrücklich nur die Einlösung der Forderung, „wegen welcher die Feilbietung angesucht worden," setzt also offenbar ein solches Ansuchen voraus. Vgl. auch Winiwarter, a. a. O. S. 272.

damit verknüpften Hypothekarrechte in der diesem zustehenden Priorität, während an seiner eigenen ursprünglichen Forderung nichts geändert wird, und kann sohin die Versteigerung der Pfandsache beliebig hinausschieben; doch er müßte sich's gefallen lassen, wenn ein anderer Gläubiger neuerdings die Execution derselben begehrte, nur könnte er in diesem Falle abermals von seinem Einlösungsrechte Gebrauch machen.

§. 463.

Schuldner haben kein Recht, bei Versteigerung einer von ihnen verpfändeten Sache mitzubieten.

Schon das Hfd. vom 27. März 1793, Nr. 95 der J. G. S., verfügte, daß der Schuldner, dessen Vermögen im Executionswege öffentlich feilgeboten wird, dabei keinerdings als Käufer angenommen werden könne. Diese Anordnung ist sowohl in den obenstehenden §. unseres b. G. B., als in die galiz. G. O. (§. 449) und die ital. G. O. (§. 436) übergegangen; sie gründet sich, wie Zeiller (in seinem Comment. Bd. 2, S. 277) bemerkt, auf die Betrachtung, daß der Schuldner, der die Schuld nicht bezahlt, und hierdurch die Feilbietung nicht abgewendet hat, eben auch seinen Anbot nicht werde erfüllen können, folglich die Feilbietung nur verzögern und vereiteln würde. Uns scheint ein weiterer Grund noch darin zu liegen, daß man seine eigene Sache nicht kaufen kann, daher wir gegen Nippel (Erläut. Bd. 3, S. 508) der Meinung sind, daß auch der dritte Besteller eines Pfandes oder derjenige, der die Pfandsache von dem Personalschuldner an sich gebracht hat (der Pfandschuldner), von dem Mitbieten ausgeschlossen sei [1]).

§. 464.

Wird der Schuldbetrag aus dem Pfande nicht gelöset, so ersetzt der Schuldner das Fehlende; ihm fällt aber auch das zu, was über den Schuldbetrag gelöset wird.

1. Das Pfand ist zur Sicherheit des Gläubigers bestellt, damit er im Falle der Nichterfüllung der betreffenden Verbindlichkeit die Befriedigung daraus erlange (§. 447). Wird also die Pfandsache öffentlich versteigert, und der daraus gelöste Betrag reicht zur Zahlung des Gläubigers hin, so wird seine Forderung eben hierdurch getilgt (§. 1412). Ist der Erlös geringer, so haftet der Schuldner für das noch fehlende; wird dagegen mehr eingenommen, als die Forderung beträgt, so muß der Ueberschuß dem Schuldner herausgegeben werden, da das Pfandrecht, seiner accessorischen Natur zufolge, nicht weiter reichen kann, als die Forderung selbst.

2. Wenn eine Realität, auf welcher mehrere Satzposten haften, im Executionswege feilgeboten wurde, so hat nach dem für Tirol und Vorarlberg erflossenen Hfd. vom 25. Februar 1840 (Kropatsch. G. S. Bd. 66, S. 150) ein eigenes, das sog. Graduationsverfahren einzutreten. Diesem zufolge sind schon in dem Feilbietungsedicte alle diejenigen, welche eine auf das in Execution gezogene Gut durch ein Pfandrecht versicherte Forderung zu haben glauben und geltend machen wollen, aufzufordern, dieselbe bis zu dem Tage, welcher in dem Edicte zur ersten Feilbietung bestimmt wird, anzumelden, widrigens sie nach Verlauf dieser Frist mit ihrer Forderung, soweit der Kaufschilling von den innerhalb der bestimmten Frist angemeldeten Forderungen erschöpft werden sollte, abgewiesen würden. Bei der sohin anzuberaumenden Tagsatzung muß über die einzelnen Schuldposten nach der Ordnung, in der sie in den öffentlichen Büchern erscheinen, verhandelt, durch Vernehmung

---

[1]) Im entgegengesetzten Sinne wurde ein in Glaser's und Unger's Sammlung Nr. 377 mitgetheilter Rechtsfall entschieden, in der Erwägung, daß sowohl §. 463 des b. G. B., als §. 449 der gal. und §. 436 der ital. G. O. den Schuldner von dem Mitbieten offenbar nur deßhalb ausschließe, weil, wenn er das Gut ersteht, die Sachlage ganz dieselbe bleibt, wie vor der Feilbietung, daß jedoch in dem Falle, als der Ersteher nicht der Personalschuldner, sondern der Pfandschuldner ist, der nur als Besitzer der Pfandsache verurtheilt wurde, sich die Feilbietung derselben gefallen zu lassen, wenn er es nicht vorzieht, zu zahlen, ein anderes Verhältniß obwaltet, und daß der Besitzer eines über seinen Werth hinaus mit, ihm fremden Schulden belasteten Gutes allerdings ein Interesse haben kann, es frei von Lasten wieder zu erstehen (Entschdg. vom 4. Juni 1857, Z. 5405).

der erschienenen Gläubiger und des Schuldners die Richtigkeit jeder Forderung, der Betrag derselben an Capital, Zinsen und Kosten und das dem Gläubiger gebührende Pfandrecht ins Reine gebracht und darüber ein genaues Protokoll aufgenommen werden. Wird eine Forderung, oder der Betrag derselben, oder das in Anspruch genommene Pfandrecht bestritten, so ist, wenn die Einwendungen gegen die Richtigkeit der Forderung durch Vermittlung des Gerichtes beseitigt werden können, die Verhandlung sowohl in Beziehung auf die Richtigkeit derselben, als auch in Beziehung auf das Pfandrecht in das ordentliche mündliche Verfahren zu leiten, und dasselbe ebenso abzuführen, wie es in Rücksicht des Verfahrens über die Anmeldungsklagen bei Concursen vorgeschrieben war. Gegen die Richtigkeit der Forderung können nur von dem Schuldner, gegen den Bestand und die Priorität des Pfandrechtes aber auch von jedem nachfolgenden Gläubiger Einwendungen geltend gemacht werden [1]. Forderungen, welche der Schuldner anerkennt, werden sammt denjenigen von den Schuldnern selbst angegebenen Interessen-Rückständen, insoweit sie mit dem Capitale nach den Gesetzen gleiches Vorrecht genießen, für richtig angenommen, und bei der Vertheilung des Kaufschillings in Rechnung gebracht, wenn auch der Gläubiger bei der angeordneten Tagsatzung nicht erschienen ist. In Ansehung der übrigen Interessen-Rückstände und der Gerichtskosten sind die Ansprüche solcher Gläubiger von der Hypothek und dem dafür eingegangenen Kaufschillinge ausgeschlossen. Die nicht gleiches Vorrecht mit dem Capitale genießenden Zinsrückstände sind, soweit der Kaufpreis reicht, nach allen Gläubigern in der den Capitalien angewiesenen Rangordnung zu setzen. Diese in Rücksicht der Interessen-Rückstände gegebenen Vorschriften gelten auch für Rückstände an jährlichen Renten und andere nach bestimmten Fristen wiederkehrende Zahlungen. Wenn dagegen eine in den öffentlichen Büchern noch als giltig erscheinende Lastenpost, auf welche eine Zahlung aus dem Kaufschillinge fallen würde, für unrichtig oder erloschen erklärt wird, so kann sie, wenn niemand als Gläubiger bei der Tagsatzung erschienen ist, bei der Vertheilung ohne weiteres rechtliches Verfahren nicht übergangen werden. Die Forderung ist als zweifelhaft in Rechnung zu bringen und bis zum Ausgange des Processes sicherzustellen. Gläubiger, welchen ein Pfandrecht für eine dem Geldbetrage nach unbestimmte Forderung zukommt, haben deren Betrag, sofern er nicht von zukünftigen Umständen abhängt, welche dem Gläubiger zur Zeit der Verhandlung über die Kaufschillingsvertheilung noch nicht bekannt sein können, zu bestimmen. Entsteht über die Zulässigkeit dieser Bestimmung oder über die Größe des Betrages ein Streit, so ist zwischen den Theilnehmern das rechtliche Verfahren einzuleiten, und bis zu dessen Beendigung für die Sicherstellung des Anspruches zu sorgen. Sobald die angemeldeten Forderungen als liquid erkannt sind, oder darüber das ordentliche Verfahren eingeleitet worden ist, hat der Richter über die als liquid erkannten nach der denselben gebührenden Priorität des Pfandrechtes ein eigenes Graduationsurtheil abzufassen und sich darin ausdrücklich vorzubehalten, seiner Zeit auch die Graduation der Forderungen der übrigen namentlich aufzuführenden Gläubiger nachzutragen, insofern dieselben zufolge der darüber eingeleiteten Processe als liquid erklärt werden sollten. Auch ist darin auszudrücken, daß die Gläubiger, die sich binnen der festgesetzten Frist nicht gemeldet haben, ausgeschlossen bleiben. Das Graduationsurtheil ist bei Gericht aufzubewahren, und dem Schuldner sowie allen zur Tagsatzung eingeladenen Personen durch Bescheid zu eröffnen, daß es ihnen freistehe, von der Vertheilung Einsicht zu nehmen. Gegen dasselbe findet das Mittel der Vorrechtsklage statt, welche binnen 30 Tagen anzubringen ist, widrigenfalls die Graduation in Rechtskraft erwächst. Von der Ueberreichung eines Recurses, sowie von der hierüber erfolgten Entscheidung ist der Käufer des Gutes jederzeit unverzüglich zu verstän-

[1] S. den in der allg. österr. Ger. Ztg. J. 1860, Nr. 79, mitgetheilten Rechtsfall und die Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 10. Jänner 1860, Z. 14398.

bigen. Nachdem die Graduation in Rechtskraft erwachsen ist, wird nach Maßgabe derselben die Vertheilung des Kaufschillings vorgenommen. Wenn über die Ansprüche eines Gläubigers auf den Kaufschilling Streit entsteht, oder eine Schuldpost in Abwesenheit des in den öffentlichen Büchern angegebenen Gläubigers für unrichtig oder erloschen erklärt wird, so hat die Realinstanz, vor welcher die Verhandlung über die Vertheilung gepflogen wurde, zur Ueberreichung der Klage auf Bezahlung aus dem Kaufschillinge oder auf Löschung der Schuldpost eine angemessene Fallfrist, die nicht verlängert werden darf, festzusetzen. Wird die zur Verhandlung über die Vertheilung des Kaufschillings angeordnete Tagsatzung versäumt, so findet eine Rechtfertigung des Ausbleibens nicht statt. Der Gläubiger verliert jedoch durch Ausbleiben bei dieser Tagsatzung und durch Versäumung der Frist zu den eben erwähnten Klagen nur das ihm bestrittene Recht auf Befriedigung aus der Hypothek, nicht die persönliche Forderung an den Schuldner und die auf anderen Gütern des Schuldners erworbenen Hypothekarrechte. — In den übrigen Kronländern (außer Tirol und Vorarlberg) finden sich rücksichtlich des in Frage stehenden Gegenstandes nur einige gesetzliche Anhaltspunkte in den beiden Hfd. vom 15. Jänner 1787, Nr. 621 der J. G. S., lit. s, und vom 23. October 1794, Nr. 199 ebd., lit. b. Es kann nämlich in den Feilbietungsbedingnissen dem Ersteher einer in Execution gezogenen Realität entweder bloß der bare Erlag des Kaufschillings, oder die Uebernahme der auf dem Gute haftenden Schulden, insoweit sich der zu bietende Preis erstrecken wird, zur Pflicht gemacht werden; letzteres insbesondere dann, wenn die Gläubiger ihr Geld vor der allenfalls vorgeschriebenen Aufkündigung nicht annehmen wollten (§. 328 der a., §. 436 der gal. und §. 425 der ital. G. O.). Im ersten Falle hat der Käufer nichts weiter zu thun, als die Kaufsumme im Ganzen oder in den festgesetzten mehreren Raten bei Gericht zu erlegen, und dieses hat nach befundener Richtigkeit des Erlages und nach Einvernehmen der Gläubiger und des Executen die Löschung aller auf der Realität eingetragenen Schuldposten und die schuldenfreie Einantwortung derselben an den Ersteher zu verfügen, weiters aber den ganzen Schuldenstand, wie er in den öffentlichen Büchern erscheint, auf den deponirten Kaufschilling zu übertragen [1]). Im zweiten Falle dagegen muß nach der Weisung der oberwähnten Hfd. dem Käufer ein Verzeichniß der vorgemerkten Gläubiger, nach der unter ihnen bestehenden Ordnung, mit dem Beisatze des einem jeden als eine richtig anerkannte Schuld auszuzahlenden Betrages mitgetheilt werden. In beiden Fällen ist unter den Pfandgläubigern selbst eine ordentliche Verhandlung des Vorrechtes halber zu pflegen. Diese Liquidation wird bei einigen Gerichten unmittelbar nach der Feilbietung von Amtswegen eingeleitet, bei andern erst über Ansuchen eines Interessenten. Es wird zu diesem Behufe eine Tagsatzung angeordnet, und bei derselben nach der Ordnung des ausgewiesenen Tabularstandes mit jedem einzelnen Gläubiger und dem Executen als Schuldner sowohl über den Bestand der Forderung selbst, als über die dafür eingeräumte Hypothek verhandelt. Ergeben sich hierbei Anstände, so sind die Parteien auf den ordentlichen Rechtsweg zu verweisen; doch ist ob solcher Streitigkeiten das Liquidationsverfahren nicht ganz zu hemmen, sondern vielmehr die Einleitung zu treffen, daß die beanständete Forderung einstweilen im Protokolle als streitig angemerkt, oder nach Einvernehmung sämmtlicher Interessenten der dießfällige Betrag salvo jure quocumque zu Gericht erlegt werde. Ist die Priorität der einzelnen Hypothekarposten einmal festgestellt, so hat die Vertheilung des von dem Käufer zu entrichtenden oder bereits deponirten Kaufschillings keine Schwierigkeit. Gewöhnlich wird von dem Ersteher selbst ein Vertheilungs-Entwurf (ein sog. Kaufschillings-Ausweis) verfaßt und dem Gerichte vorgelegt, welches denselben nach vorläufiger Einvernehmung der Gläubiger,

---

[1]) Vgl. den in der Zeitschr. f. das öst. Notariat, J. 1860, Nr. 24, mitgetheilten Rechtsfall und die Entschdg. des obersten Gerichtshofes vom 18. April 1860, Z. 3243.

wenn diese nicht schon außergerichtlich die Vertheilung als richtig anerkannt haben, prüft, die dagegen etwa erhobenen Anstände nach Analogie des Hfd. vom 24. October 1807, Nr. 822 der J. G. S., durch Bescheid salvo recursu entscheidet, und sohin den Käufer anweist, die einzelnen Gläubiger darnach zu befriedigen. Ist der Kaufschilling bereits deponirt, so wird gemeiniglich der Vertheilungsentwurf von dem Gerichte selbst verfaßt, und den Hypothekargläubigern mit dem Erinnern bekannt gegeben, daß sie binnen 14 Tagen ihre allfälligen Einwendungen dagegen um so gewisser anzubringen haben, als sie widrigenfalls damit nicht mehr gehört werden würden. Daß es übrigens dieser Amtshandlungen nicht bedarf, wenn entweder der Käufer sämmtliche Forderungen mit Zustimmung der Gläubiger zur Zahlung übernimmt, oder wenn schon die Forderung des Executionswerbers den ganzen Meistbot erschöpft u. dgl., liegt wohl in der Natur der Sache [1]).

3. Eine besondere Erwähnung verdient noch der Fall einer Simultanhypothek. Der Gläubiger ist hier berechtiget, vermöge des ihm zustehenden Wahlrechtes entweder alle ihm verpfändeten Immobilien zugleich, oder nur eines derselben in Execution zu ziehen, und sich mit seiner ganzen Forderung aus dem Erlöse zahlhaft zu machen, unbekümmert um die Rechte der nachfolgenden (postlocirten) Gläubiger. Thut er nun das erstere, und bringt z. B. das Haus, den Acker und die Wiese, auf welchen seine Forderung pr. 3000 fl. simultan haftet, zugleich zur Execution, so frägt es sich weiter, wie die Vertheilung des Kaufschillings vorzunehmen sei? Gesetzt, es befindet sich auf dem Hause eine zweite Satzpost für B mit 1000, auf dem Acker eine für C mit 500 fl. und auf der Wiese eine für D mit 2000 fl., und das Haus werde um 3000 fl., der Acker um 1000 fl. und die Wiese um 2000 fl. hintangegeben, mithin für alle drei Immobilien ein Kaufpreis von 6000 fl. erzielt. Kann nun der Gesammthypothekargläubiger (A) seine Befriedigung bloß aus dem Erlöse des Hauses verlangen, so daß der zweite Satzgläubiger B leer ausgehen muß, während er doch befriedigt werden könnte, wenn auch der Erlös des Ackers und der Wiese zur Bezahlung des A verwendet würden? Kopezky [2]) bringt hier den Grundsatz zur Anwendung, „daß zwar der Gläubiger in der Realisirung seiner Gesammthypothek durch die nachfolgenden Gläubiger nicht beirrt werden könne, daß er aber auch zu ihrem Schaden mit seiner Forderung und hiernach auch mit seiner Gesammthypothek keine Veränderung vornehmen dürfe; daß er vielmehr da, wo sich sein Interesse mit dem ihrigen ohne seinen Nachtheil vereinigen läßt, keine Hindernisse legen soll.“ Kopezky meint also, daß bei der in Frage stehenden Vertheilung die Societätsregel anzuwenden sei, und zwar nach der

---

[1]) Vgl. über diese, zum großen Theile in das gerichtliche Verfahren einschlagende Materie den trefflichen Aufsatz von Kopezky: Ueber das Rechtsverhältniß der Hypothekargläubiger und des Meistbieters nach der vorgenommenen executiven Feilbietung eines unbeweglichen Gutes und bei Vertheilung des Kaufpreises (Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1847, I., S. 1), und Gspan (P. E.): Abhandlung über die gesetzmäßige Befriedigung concurrirender Gläubiger. Graz, 1837—1839.

[2]) In seinem o. a. Aufsatze über Gesammt-Hypotheken (Zeitschr. f. öst. Rechtsgel. 1836, I., S. 202). Aehnlichen Ansichten huldigt Dr. Blitzfeld (a. a. O.). Er sagt: Soferne auf allen dem Simultanhypothekar-Gläubiger verpfändeten Realitäten dem Simultansatze Specialgläubiger nachfolgen, deren Interessen durch die Ausübung des Simultanpfandrechtes influencirt würden, kann die unter diesen dadurch entstehende Interessen-Collision und die damit verbundene Rechts-Collision ihre Lösung nur darin finden, daß alle postlocirten Gläubiger nach gleichen Grundsätzen behandelt werden, d. h. daß der Simultangläubiger von der einen Realität nicht zu viel, von der andern nicht zu wenig in Anspruch nehmen dürfe, um die auf jener nachfolgenden Gläubiger nicht zu verkürzen und die auf dieser nachfolgenden Gläubiger nicht über die Gebühr zu begünstigen. Es wird daher zu einer verhältnißmäßigen Befriedigung der mit der Gesammthypothek versicherten Forderung geschritten werden müssen, weil dieß die einzige Möglichkeit ist, die auf den verschiedenen Realitäten nachfolgenden Gläubiger nach gleichen Grundsätzen zu behandeln. Von dem Meistbote jeder Realität wird daher dem Simultanhypothekar-Gläubiger ein solcher Betrag zugewiesen werden müssen, der sich zu dem Meistbote dieser Realität so verhält, wie die Gesammtforderung zum Gesammtmeistbote aller simultan verpfändeten Realitäten. Der Verfasser stellt hier folgende Proportion auf: $M : m = F : f$, wobei der Gesammtmeistbot aller simultan verpfändeten Realitäten mit M, der Meistbot einer einzelnen Realität mit m, die Gesammtforderung des Simultanhypothekar-Gläubigers mit F, und die Tangente, welche derselbe von der einzelnen Realität erhält, mit f bezeichnet ist, und gewinnt somit die Formel $f = \frac{m F}{M}$. Er verweist auch auf eine Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 17. December 1856, Z. 11671, in deren Motiven der Grundsatz ausgesprochen erscheint, „daß es dem Simultanhypothekar-Gläubiger nicht gestattet sei, zum Nachtheile der postlocirten Gläubiger eine der ihm simultan verpfändeten Realitäten aus dem Pfandverbande zu entlassen.“

Formel: der Gesammterlös aller Immobilien (6000 fl.), zu dem Betrage der Forderung des Simultanhypothekargläubigers (3000 fl.), wie der Erlös der einzelnen Immobilien (3000 fl., 1000 fl., 2000 fl.) zu dem zu leistenden Beitrage (1500 fl., 500 fl., 1000 fl.), so daß nun von den postlocirten Gläubigern B noch volle 1000 fl., C 500 fl. und D einen Betrag von 1000 fl., jeder aus dem ihm speciell verpfändeten Immobile erhält. Ja der Verfasser geht noch weiter, indem er auch die aus dem Erlöse des Hauses noch erübrigten 500 fl. dem D auf Abschlag seiner Forderung pr. 1000 fl. zuweist — obwohl diesem auf das Haus gar kein Hypothekarrecht zusteht — weil eine Concurrenz der Gläubiger bei der Execution eines Immobile und bei Vertheilung des Erlöses einem Particularconcurse gleich zu achten sei. Wir können jedoch dieser Ansicht, so scharfsinnig sie auch sein mag, nicht beipflichten. Kopezky selbst leitet den von ihm vorangestellten Grundsatz zunächst nur aus der aequitas ab (a. a. O. S. 202, Anmrkg. 1), die aber bei uns nicht als Gesetzesquelle angesehen werden kann [1]), so häufig sie auch den positivrechtlichen Bestimmungen als Grundlage dient. Schon die oben angedeutete Consequenz, daß der Gläubiger D seine theilweise Befriedigung aus einem Immobile erhält, das ihm gar nicht verpfändet war, scheint das Unhaltbare der Kopezky'schen Theorie darzuthun; ebenso wenig dürfte die Fiction eines Particularconcurses, der unserem Gesetze gänzlich fremd ist, gerechtfertigt werden können. Endlich muß in dem gegebenen Beispiele der Gläubiger D mit einem Theile seiner Forderung pr. 500 fl. dennoch leer ausgehen, wobei man wieder fragen könnte, warum nicht auch B und C an dem Verluste zu participiren haben, wenn schon die Idee eines Particularconcurses zur Grundlage genommen wurde? — Wir glauben vielmehr, daß dem A allerdings das freie Wahlrecht zusteht, seine Befriedigung aus was immer für einem Theile des Erlöses zu suchen; hätte er doch auch das Recht gehabt, nur eine oder die andere Realität in Execution zu ziehen [2]), wo dann von einer Verwendung der übrigen Immobilien zur Tilgung seiner Forderung gar keine Rede gewesen wäre. Hierzu kömmt noch, daß nach §. 1305 derjenige, der von seinem Rechte innerhalb der rechtlichen Schranken Gebrauch macht, den für einen andern daraus entspringenden Nachtheil nicht zu verantworten hat; und daß jeder postlocirte Gläubiger, der um die vorausgehende Simultanhypothek wußte, oder diese aus den öffentlichen Büchern ersehen konnte, mit Rücksicht auf das dem Gesammthypothekargläubiger zustehende Wahlrecht darauf gefaßt sein muß, die ihm verpfändete Realität zur Befriedigung der ganzen vorausgehenden Satzpost verwendet zu sehen [3]).

Ueber die Wirkung einer Simultanhypothek im Concurse bestimmt der §. 37 der Conc. Odg. folgendes: Haftet eine Forderung ungetheilt auf mehreren, zur Concursmasse gehörigen unbeweglichen Gütern, so hat jedes dieser Güter zur Befriedigung derselben mit jenem Theilbetrage beizutragen, welcher sich zu derselben verhält, wie der zu jedem einzelnen Gute nach Befriedigung der vorhergehenden Forderungen erübrigende Rest des Erlöses zu der Summe aller dieser Reste. Es steht dem Gläubiger frei, seine Befriedigung aus einem einzelnen Gute oder aus mehreren derselben zu verlangen; jedoch können die ihm auf diesen Gütern nachstehenden Gläubiger, welche in Folge jener Wahl weniger erhalten, als wenn er seine Befriedigung aus allen Gütern verhältnißmäßig genommen hätte, fordern, daß aus dem Erlöse der übrigen Güter derjenige Betrag, welcher nach dem obigen Verhältnisse davon auf seine Forderung entfallen wäre, ausgeschieden und an sie unbelastet abgeführt werde. — Sind die übrigen Güter noch nicht verkauft, so tritt dieser Anspruch in die Rangordnung der getilgten Forderung, und ist, insofern derselbe in einem öffentlichen Buche eingetragen ist, in der Rangordnung der unter einem zu löschenden Forderung einzuverleiben.

Diese Vorschrift hat nach der im Spruch-Repertorium unter Nr. 4 eingetragenen Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 16. Juli 1872, Z. 7308, auch bei der Vertheilung des Meistbotes für executiv versteigerte, mit Simultanhypotheken belastete Liegenschaften analoge Anwendung zu finden.

---

[1]) Etwas anderes ist es, eine Lücke des Gesetzes an der Hand der natürlichen Rechtsgrundsätze ausfüllen (§. 7), und etwas anderes, aus Gründen der Billigkeit vom strengen Rechte abweichen.

[2]) Von diesem Falle wird noch weiter unten die Rede sein.

[3]) Dieser Ansicht pflichtet auch Dr. Ferdinand Schuster in seinem Aufsatze: Ueber die Grundsätze bei Befriedigung eines durch Simultanhypothek versicherten Gläubigers (in Haimerl's Mag. Bd. 16, S. 99) bei.

4. Nach dem Hfd. vom 11. August 1827, Nr. 2300 der J. G. S., ist dem Käufer einer im Executionswege feilgebotenen Realität die ordentliche Einantwortungsurkunde nach Maßgabe der Schätzungsurkunde und der Feilbietungsbedingnisse auszufertigen, sobald er die Bedingungen, die ihm etwa vorgeschrieben wurden, erfüllt hat, ohne den oft späteren Erfolg der Verhandlung mit den theilnehmenden Gläubigern über die Zuweisung des Kaufschillings abwarten zu müssen.

5. Wie die Vertheilung des Erlöses einer im Concurswege hintangegebenen Realität zu geschehen habe, ist in den Concursgesetzen enthalten.

§. 465.

In wie fern ein Pfandgläubiger sich an sein Pfand zu halten schuldig; oder, auf ein anderes Vermögen seines Schuldners zu greifen berechtiget sei, bestimmt die Gerichtsordnung.

Da es nach §. 311 der a., §. 411 der gal. und §. 440 der ital. G. O. dem Executionsführer freisteht, diejenigen Güter des Executen namhaft zu machen, aus welchen er seine Befriedigung zu erholen Willens ist, so muß ihm diese Wahl auch dann überlassen bleiben, wenn seine Forderung schon mit einem Unterpfande bedeckt ist [1]), da dieses nur dazu dienen soll, ihm größere Sicherheit zu verschaffen, nicht aber ihn an dem allen Gläubigern zustehenden Rechte zu schmälern. Er erlangt vielmehr durch den richterlichen Ausspruch oder den gerichtlichen Vergleich einen neuen Titel zum Pfandrechte, das er nun auf alle durch die Gesetze nicht von der Execution ausgenommenen Vermögensbestandtheile seines Schuldners geltend machen kann. Freilich wirkt aber dieses Pfandrecht erst von dem Zeitpunkte seiner Erwerbung; deßhalb muß man sich nach ausgebrochenem Concurse an das bereits früher erworbene Pfandrecht halten, wenn man der den Pfandgläubigern zustehenden Vortheile (§§. 30—40 Conc. Odg.) theilhaftig werden will, weil pendente concursu keine Separatexecution mehr Platz greift, also keine neuen Pfandrechte von Seite eines einzelnen Concursgläubigers erworben werden können.

§. 466.

Hat der Schuldner während der Verpfändungszeit das Eigenthum der verpfändeten Sache auf einen Anderen übertragen; so steht dem Gläubiger frei, erst sein persönliches Recht gegen den Schuldner, und dann seine volle Befriedigung an der verpfändeten Sache zu suchen.

1. Die Einräumung eines Pfandes ist nach §. 1343 nur eine rechtliche Art der Sicherstellung einer Verbindlichkeit und der Befestigung eines Rechtes, wodurch an dem früher bestandenen persönlichen Rechtsverhältnisse zwischen dem Gläubiger und Schuldner nichts geändert wird. Verliert daher der Schuldner das Eigenthum der verpfändeten Sache auf was immer für eine Weise, so besteht seine persönliche Verpflichtung gegen den Gläubiger immer noch fort. Er bleibt aber auch anderseits ungeachtet der geschehenen Verpfändung Eigenthümer der mit dem Pfandrecht belasteten Sache, und kann dieselbe kraft seines Eigenthumsrechtes (§. 362) auf einen andern übertragen. Doch kann diese Ueberlassung, wie das Patent vom 5. April 1782, Nr. 40 der J. G. S., ausdrücklich bestimmt, sie mag gerichtlich oder außergerichtlich geschehen, denjenigen Gläubigern, welchen das Pfandrecht eigen ist, wenn sie nicht vorläufig der Ordnung nach vernommen worden, nicht nachtheilig sein, wie sich schon aus der binglichen Natur des Pfandrechtes ergibt, das dem Gläubiger über die Pfandsache ohne Rücksicht auf eine bestimmte Person zusteht (§. 307), und wie auch aus der Regel des §. 442 hervorgeht, vermöge welcher niemand einem andern mehr Recht abtreten kann, als

---

[1]) Vgl. die Resol. vom 14. Juni 1784, Nr. 306 der J. G. S., lit. aa, und die o. a. §§. der gal. und ital. G. O.

er selbst hat, so daß mit dem Eigenthume einer Sache auch die darauf haftenden dinglichen Lasten übernommen werden müssen (vgl. §. 443).

2. Hat nun der Schuldner während der Verpfändungszeit das Eigenthum der verpfändeten Sache auf einen andern übertragen, so steht dem Gläubiger allerdings frei, sein persönliches Recht gegen den Schuldner geltend zu machen, da er nach den eben (bei §. 465) erörterten Bestimmungen nicht schuldig ist, sich an sein Pfand zu halten, sondern auch auf das anderweitige Vermögen seines Schuldners greifen kann[1]). Es verfügt daher §. 2 des Gesetzes vom 19. September 1860, Nr. 212 des R. G. Bl., ausdrücklich, daß dem Hypothekargläubiger freistehe, seine Klage gegen den persönlichen Schuldner zu richten.

3. Dem Gläubiger steht aber auch das Recht zu, seine Befriedigung aus der verpfändeten Sache zu suchen, an welchem Rechte er durch die geschehene Veräußerung des Pfandes nicht beirrt werden darf. Immerhin wird aber diese Veräußerung auf die Art der Geltendmachung des Pfandrechtes einigen Einfluß üben. Nach unseren Gesetzen kann nämlich jedes Recht in der Regel nur durch eine Klage realisirt werden; es bleibt daher auch dem Pfandgläubiger, wenn er den dritten Besitzer der verpfändeten Sache fruchtlos um seine Befriedigung angegangen hat, nichts übrig, als die richterliche Hilfe in Anspruch zu nehmen, und mit einer Klage gegen ihn aufzutreten, welche mit dem Namen der Pfandrechtsklage oder Hypothekarklage bezeichnet zu werden pflegt[2]).

4. Ueber das Wesen und die Art und Weise der Durchführung dieser Klage herrschten bis auf die neueste Zeit die verschiedensten Ansichten sowohl unter den Theoretikern als unter den Praktikern Oesterreichs. Vorerst wurde schon darüber gezweifelt, ob der Pfandgläubiger den (dritten) Besitzer einer Pfandrealität un-

---

[1]) Der ungenannte Verfasser des Aufsatzes: „Ueber den Sinn und die Anwendung des §. 466 des a. b. G. B." in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1843, I., S. 261, hat es versucht, den Beweis zu führen, daß dem Hypothekargläubiger nur das Recht zustehe, sich wegen Einbringung seiner Forderung an die verpfändete Sache und ihren Eigenthümer mittelst der dinglichen oder Hypothekarklage zu halten, und daß ihm kein Klagerecht gegen den Verpfänder und gewesenen Schuldner, weder auf die Bezahlung der Pfandforderung, noch auf den Ersatz dessen, was daran nach erfolgter Veräußerung des Grundpfandes noch fehlen könnte, aus dem Gesetze (ohne eine ausdrückliche Uebereinkunft der Parteien) gebühre, weil durch die Bestellung einer Hypothek das persönliche Recht des Schuldners als Titel in das Pfandrecht übergehe, mit anderen Worten, die Forderung gegen die Person des Schuldners auf die verpfändete Sache übertragen werde; so daß durch die Eintragung in die öffentlichen Bücher das Rechtsverhältniß zwischen dem persönlich berechtigen Gläubiger und dem persönlich verbundenen Schuldner gänzlich aufhört, und an dessen Stelle das dingliche Rechtsverhältniß zwischen dem Pfandgläubiger und dem Pfandschuldner eintritt. Niemand habe bisher daran gezweifelt, daß der Käufer einer unbeweglichen Sache alle darauf haftenden Servituten dergestalt übernehme, daß dem Berechtigten nur die dingliche Klage gegen den neuen Eigenthümer, keineswegs aber eine persönliche Klage gegen den vorigen Besitzer und Servitutsbesteller zustehe. Warum sollte hinsichtlich des dinglichen Rechtes der Hypothek etwas anderes Rechtens sein? — Wir meinen diese Frage dahin beantworten zu können, daß zwischen beiden Fällen allerdings ein wesentlicher Unterschied Platz greift. Eine Dienstbarkeit ist nämlich ohne dienstbare Sache (§. 472) nicht denkbar, wohl aber eine Forderung ohne Pfandrecht (§. 447). Die Verpfändung ist nach §. 1343 nur eine Befestigung, nicht eine Umänderung (§. 1376) der Rechte und Verbindlichkeiten, zu welcher sie die Ansicht des Verfassers stämpelt. Ebenso wenig können wir darin eine vollständige Anweisung (§. 1401) sehen, da weder der Hypothekargläubiger den neuen Eigenthümer der Hypothek anstatt des früheren Schuldners als Zahler angenommen, noch jener eingewilligt hat, auch über den im Executionswege gelösten Verkaufspreis hinaus, mit seinem anderweitigen Vermögen zu haften. Der Verfasser ist genöthigt, in Verfolgung seiner oben angeführten Behauptung unter dem Ausdrucke „Schuldner" im §. 464 den Pfandschuldner, d. i. den letzten (dritten) Besitzer des im Executionswege veräußerten Gutes zu verstehen, während dieser §. doch offenbar von dem Falle spricht, wo sich die Pfandsache zur Zeit der Execution noch in den Händen des ursprünglichen Verpfänders, des Personalschuldners, befindet, und erst in dem später folgenden §. 466 der weitere Fall behandelt wird, daß das Eigenthum der verpfändeten Sache während der Verpfändungszeit an einen andern übertragen wurde. Freilich will der Verfasser diesen §. nur unter der Voraussetzung angewendet wissen, daß die Hypothek für eine zur Zeit ihrer Bestellung noch nicht vorhandene, folglich in quali et quanto noch unbestimmte Forderung eingeräumt wurde; allein es findet sich wohl kein hinreichender Grund, die ganz allgemein lautende Verfügung des §. 466 auf einen solchen einzelnen, gewiß seltener vorkommenden Fall zu beschränken. — Vgl. auch den von Schiedermayer im Juristen, Bd. 19, S. 476, mitgetheilten Rechtsfall.

[2]) Nach österr. Rechte wird gegen den Hauptschuldner nicht die Pfandrechtsklage, sondern die Klage aus dem der Pfandbestellung zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse (z. B. auf Rückzahlung des gegebenen Darlehens) angestrengt, weil es dem Pfandgläubiger, wie es schon mehrmals bemerkt wurde, freisteht, nach erwirktem rechtskräftigen Urtheile auch auf das anderweitige Vermögen seines Schuldners zu greifen, und weil die Feilbietung des Pfandes, wenn sich der Gläubiger auch wirklich daran halten will, im gewöhnlichen Executionswege herbeigeführt wird. — Anders ist es aber, wenn die Pfandsache in das Eigenthum eines dritten übergegangen ist. Dieser kann nicht mit der Personalklage belangt, z. B. auf Rückzahlung eines Darlehens geklagt werden, das er gar nicht empfangen hat. Daher die Nothwendigkeit einer besonderen Pfandrechtsklage, deren Wesenheit im Contexte näher erörtert werden soll. — Vgl. auch §. 1 der Justiz-Minist. Vdg. vom 19. September 1860, Nr. 212 des R. G. Bl., welcher ausdrücklich bestimmt, daß der Hypothekargläubiger seine Forderung gerichtlich nur mittelst Klage geltend machen könne.

mittelbar belangen könne, oder ob er nicht jedenfalls vorher den Liquidationsproceß gegen den Personalschuldner abführen müsse? In letzterer Hinsicht traten dann aber wieder abweichende Meinungen hervor, indem einige behaupteten, daß der Tabulargläubiger sein persönliches Recht gegen den ursprünglichen Schuldner ganz ausführen müsse, und erst wenn er von diesem nicht völlig befriedigt wurde, sich hinsichtlich des fehlenden an den Besitzer der Hypothek halten könne[1]), andere dagegen die vorläufige Liquidirung der Forderung gegen den Personalschuldner für genügend erachteten[2]). Wir waren von jeher der Meinung, daß das Gesetz dem Gläubiger die Wahl freistellen wollte, entweder gegen den Personalschuldner aufzutreten, oder seine Befriedigung unmittelbar an der verpfändeten Sache zu suchen, und zu diesem Behufe den dritten Besitzer derselben mit der Pfandrechtsklage (Hypothekarklage) zu belangen[3]). Hierüber kann nun gegenwärtig kein Zweifel mehr obwalten, da §. 2 der mehrerwähnten Justiz-Minist. Vdg. vom 19. September 1860, Nr. 212 des R. G. Bl., ausdrücklich verfügt, daß es dem Hypothekargläubiger freistehe, seine Klage entweder gegen den persönlichen Schuldner, oder gegen den Eigenthümer des Pfandes zu richten; ja das Gesetz geht noch um einen Schritt weiter, indem es dem Hypothekargläubiger sogar gestattet, seine Klage gegen beide, den Personalschuldner und den Eigenthümer des Pfandgutes, gemeinschaftlich zu richten[4]).

5. Eine weitere Divergenz der Ansichten herrscht über das Petitum der Pfandrechtsklage (Hypothekarklage). Einerseits wird dieses dahin gestellt: „Der Beklagte, als Hypothekarbesitzer, sei schuldig, dem Kläger zum Zwecke der Zahlungserholung zu gestatten, daß die verpfändete Sache gerichtlich feilgeboten, und aus dem dafür eingehenden Kaufschillinge seine (des Klägers) Forderung bezahlt werde“[5]); anderseits wird behauptet, es habe das Klagebegehren vielmehr dahin zu lauten: „daß der Geklagte schuldig sei, die Forderung bei sonstiger Execution der dafür verpfändeten Sache zu bezahlen“[6]). Gegen die erste Fassung wird, wie uns scheint mit Grund, eingewendet, daß es zwecklos sei, über ein Recht, welches das Gesetz dem Gläubiger mit Hinweisung auf die G. O. ohnehin einräumt (§. 461), einen Proceß durchzuführen, und daß es überhaupt nicht angehe, ein Erkenntniß auf einen bestimmten Executionsgrad (die Feilbietung) zu erwirken, dem überdieß noch die Schätzung, und bei Hypotheken auch die executive Einverleibung des Urtheiles vorausgehen muß. Dagegen dürfte die zweitvorgeschlagene Fassung allen Anforderungen genügen, denn der Zweck des Klägers kann doch kein anderer sein, als

---

[1]) S. Fischer (Dr.): Handbuch der dilatorischen Einwendungen. Wien, 1825, und Peitler (Fr.): Civilrechtsfall über den Sinn des §. 466 a. b. G. B. hinsichtlich der Haftung des Uebernehmers einer Realität für die ihm nicht zur Zahlung überwiesenen Tabularschulden (Zeitschr. für österr. Rechtsgel. 1849, I., S. 45).

[2]) S. Dr. Harum in seinem Aufsatze: Noch ein paar Worte über den §. 466 a. b. G. B. (Zeitschr. für österr. Rechtsgel. 1849, II., S. 209), dann Dr. Josef Kopp, über Hypothekarklagen, in Nr. 28 ff. der Ger. Halle vom J. 1859.

[3]) Diese Ansicht liegt der Entscheidung des obersten Gerichtshofes in dem von Peitler (a. a. O.) dargestellten Rechtsfalle zum Grunde; ebenso wurde sie vertheidigt von Kopezky (über das Verfahren bei der Hypothekarklage, Zeitschr. für österr. Rechtsgel. 1838, I., S. 265), von Nippel (Erläut. Bd. 3, S. 510), von Winiwarter (bürg. Recht Bd. 2, S. 276) und von Dr. Fortwängler in der allg. österr. Ger. Ztg. J. 1860, Nr. 15 und 16, „Ueber die Klagen zur Einbringung von Hypothekarforderungen.“

[4]) Die Bedenken gegen diese Verfügung vom legislativen Standpunkte aus habe ich in meinem Aufsatze in Nr. 124 und 125 der allg. österr. Ger. Ztg. vom J. 1860 erörtert.

[5]) S. Turnes, Civilrechtsfall in der Zeitschr. für österr. Rechtsgel. 1837, I., S. 297 und in dem Aufsatze: Ueber das Petitum der Hypothekarklage (ebd. 1847, I., S. 316). — In ähnlicher Weise stilisirt auch Nippel das Petitum in seinen Erläut. Bd. 3, S. 511 und C. V. bei der Darstellung des Civilrechtsfalles, als Beitrag zur Frage: ob die Gläubiger gegen den Hypothekarschuldner ein Zahlungsbegehren stellen können, und ob die exceptio pluris petitionis tempore vom Geklagten immer eingewendet werden müsse, damit das Klagbegehren abgewendet werden könne? (Zeitschr. für österr. Rechtsgel. 1840, I., S. 371). Der Verf. behauptet, daß das Petit der Hypothekarklage nicht auf Zahlung gestellt werden dürfe, weil dann der Kläger auch auf andere Güter des Geklagten greifen, oder gegen dessen Person einschreiten könnte, während ihm nur die Execution auf die verpfändete Sache zustehen soll. Allein diesem Einwurfe wird dadurch begegnet, daß dem Zahlungsbegehren die Beschränkung beigefügt wird, die Befriedigung sei nur „aus der verpfändeten Sache“ zu leisten.

[6]) S. Kopezky: Ueber die Natur der Hypothekarklage nach dem allg. österr. b. G. B. (Zeitschr. für österr. Rechtsgel. 1837, II., S. 251). — Im wesentlichen hiermit übereinstimmend ist das von Winiwarter (bürg. Recht Bd. 2, S. 276) vorgeschlagene Petitum: „daß der Eigenthümer des Pfandes die Execution in der verpfändeten Sache gestatten müsse, oder wenn er dieß nicht will, den Gläubiger zu befriedigen schuldig sei.“

seine Befriedigung, d. h. die Zahlung seiner Forderung; er kann diese aber nur aus der verpfändeten Sache (§. 447) und rücksichtlich aus dem durch die gerichtliche Feilbietung zu erzielenden Erlöse derselben, und nicht auch aus dem anderweitigen Vermögen des Pfandbesitzers ansprechen, daher der Beisatz: „bei sonstiger Execution der verpfändeten Sache" nothwendig erscheint; endlich wird hierbei auch dem Rechte des Gläubigers nicht vorgegriffen, sich die zweckmäßigste Executionsart zu wählen, also seine Befriedigung entweder aus der Substanz der Sache, oder im Sequestrationswege aus den Früchten derselben zu suchen. Man wendet freilich hiergegen ein, daß die Zahlung eine persönliche Leistung sei, die nur dem Schuldner obliege, daß die aus dem dinglichen Rechte des Pfandes entspringende Last zwar nach §. 443 auf den Uebernehmer übergehe, daß er aber hierwegen niemals auf Zahlung belangt werden könne; vielmehr sei die Kläge immer erst gegen den Personalschuldner zu richten, und der Uebernehmer der Pfandsache könne sohin nur zur Gestattung der Execution verhalten werden[1]). Das Irrige dieser Ansicht ist aber schon im vorigen Absatze darzuthun versucht worden. „Dem Pfandrechte entspricht, wie Kopezky a. a. O. S. 269 sehr treffend bemerkt, die Verbindlichkeit der Sache, die Befriedigung, oder was eben so viel ist, die Bezahlung der Forderung zu leisten. Das Gesetz überträgt diese Verbindlichkeit auf denjenigen, der die mit derselben belastete Sache als Eigenthümer übernimmt. Der Gläubiger begehrt seine Befriedigung auch nur aus der Sache, unbekümmert, wer der Eigenthümer derselben sei; er verlangt sie nicht von ihm aus seinem Vermögen, sondern er will nur, daß er sie ihm aus der Sache leiste, oder die Execution derselben gestatte, um selbst seine Befriedigung daraus zu suchen. Der dritte Besitzer darf auch gar nichts leisten, wenn er nicht will; er kann die Zahlung unterlassen, wenn er glaubt, daß die verpfändete Sache den Werth der Forderung nicht erreiche, um nicht über denselben aus seinem eigenen Vermögen etwas zu geben; ja, er darf auf die Klage gar nicht Rede und Antwort geben; er kann sich in contumaciam verurtheilen lassen, und es so dem Gläubiger ganz anheimstellen, wie er sich die Zahlung aus der Sache verschaffen wolle. Zahlt er aber dessenungeachtet, so thut er es für seine Sache und wegen derselben, nicht aus einer persönlichen Verpflichtung. Er befreit dadurch die Sache von einer darauf haftenden Last." Auch Wilh. Mack (Ueber die Hypothekarklage vom Standpunkte der Gerichtspraxis. Zeitschr. für österr. Rechtsgel. 1849, I., S. 336) pflichtet der eben erörterten Ansicht bei. Er bemerkt, daß eine Klage auf ein bloßes Gestatten, wenn nicht zugleich das Merkmal der Rechtsverweigerung hinzutritt, niemals gerichtet werden könne; fordern und gestatten seien keine begrifflichen Gegensätze; der Forderung des Berechtigten entspreche nicht bloß die Gestattung, sondern vielmehr die Leistung des Verpflichteten. Der Hypothekarbesitzer habe daher allerdings die Verbindlichkeit, den Gläubiger zu bezahlen, ihn mit seiner Forderung zu befriedigen. Nur unter dieser Bedingung habe er (nach §. 443) das Eigenthum der verpfändeten Sache erworben; er sei allerdings eigentlicher Schuldner (Hypothekarschuldner), der sich aber von dem ursprünglichen Personalschuldner dadurch unterscheidet, daß dieser für die Forderung mit seinem ganzen Vermögen, jener nur mit der Sache, dieser fortwährend, jener nur so lange haftet, als er Eigenthümer der Hypothek bleibt. Ist aber der Pfandbesitzer eigentlicher Schuldner, so folgt von selbst daraus, daß er auf Zahlung belangt werden kann; ja, das Begehren: „Beklagter sei schuldig, die Execution zu gestatten", erscheint sogar als unzulässig, da es im Grunde so viel heißt, als: „Beklagter sei schuldig, sich seines Eigenthums zu entäußern", zu welchem Begehren gar kein rechtlicher Grund vorhanden ist, da der Gläubiger immer nur die Befriedigung seiner Forderung, die Zahlung, und nur in Ermanglung derselben

[1]) S. Dr. v. Sonnleithner: Civilrechtsfall und Bemerkungen zur Erklärung der im §. 443 des b. G. B. enthaltenen Anordnung hinsichtlich der mit dem Eigenthume unbeweglicher Sachen zu übernehmenden, in den öffentlichen Büchern angemerkten Lasten (Zeitschr. für österr. Rechtsgel. 1832, I., S. 43).

die Feilbietung der verpfändeten Sache (§§. 447 und 461) verlangen kann. Die Anhänger der gegentheiligen Meinung verwechseln daher das Recht mit der Rechtsdurchsetzung, die Liquidirung mit der Execution, die Rechtsfolge mit dem Rechte selbst, die Verbindlichkeit zur Zahlung an sich mit dem Umfange der Zahlungsverbindlichkeit, den accessorischen Pfandvertrag mit der Hauptforderung.

6. Was nun ferner die Einwendungen anbelangt, welche von dem Hypothekarbesitzer der gegen ihn gerichteten Klage entgegengesetzt werden könne, so ist zu unterscheiden, ob der Geklagte den Personalschuldner um die Vertretungsleistung angegangen hat (§. 928 des b. G. B., §§. 58 und 59 der a., §§. 49—51 der galiz. und ital. G. O.) oder nicht. Im ersten Falle kann er sich aller Einwendungen bedienen, welche dem Personalschuldner selbst zustehen (z. B. der Einwendung des Irrthums, der Furcht, des Zwanges, des Betruges, der Minderjährigkeit, der Zahlung, der Erlassung der Schuld, der Compensation u. dgl.)[1]), im zweiten Falle dagegen nur derjenigen, die sich aus der Hypothek selbst, so wie sie im öffentlichen Buche erscheint, ableiten lassen, oder die aus späteren, während seines Besitzes eingetretenen Thatsachen entspringen, oder die ihm aus den von seinem Vormanne abgetretenen Rechten zustehen[2]). Hier läßt sich auch die weitere Frage anknüpfen, was dann Rechtens sei, wenn der Gläubiger die verpfändete Sache seinem Schuldner, jedoch mit Vorbehalt des Pfandrechtes, zurückstellt, und dieser sie nun weiter veräußert? Im allgemeinen dürfte es wohl keinem Zweifel unterliegen, daß der Pfandgläubiger sein dingliches, gegen jedermann wirksames Recht auch gegen den neuen Erwerber werde geltend machen können; in den Fällen aber, in denen die Eigenthumsklage nach §. 367 gegen den reblichen Besitzer einer beweglichen Sache nicht stattfindet, möchte wohl zufolge einer unabweislichen Analogie (oder einer conclusio a majori ad minus) auch die Pfandklage nicht Platz greifen, und dem Kläger daher eine seinen Anspruch entkräftende Einwendung entgegengesetzt werden können[3]).

7. Wurde nur ein ideeller Theil der Pfandsache, z. B. die Hälfte eines mit einer Hypothek belasteten Hauses veräußert, so steht dem Hypothekargläubiger das Recht zu, auch diesen Theil zur Befriedigung seiner Forderung, u. zw. seiner ganzen Forderung in Anspruch zu nehmen, da eben, wie schon oben (S. oben S. 37) erörtert wurde, die ganze Forderung auf jedem Theile der Sache haftet[4]).

8. Eine fernere Frage geht dahin, ob der Pfandgläubiger, welcher seine Forderung gegen den Personalschuldner liquidirt hat, mit diesem Urtheile (oder Vergleiche) ohne weiteres die Execution auf die verpfändete Sache, wenn sie auch während der Verpfändungszeit in das Eigenthum eines dritten übergegangen wäre, führen könne, oder ob gegen diesen dritten neuerdings eine Klage (die Hypothekarklage) angebracht werden müsse? Diese letztere Ansicht vertheidigte Nippel in seinen Erläut. Bd. 3, S. 514, und Dr. Franz Außez in seinem Aufsatze: Ueber die Civil-Execution auf bereits außergerichtlich verpfändete Sachen (Zeitschr. für österr. Rechtsgel. 1833, II., S. 183)[5]); wogegen Sonnleithner (a. a. O.), Dr. Jos.

---

[1]) S. Turnes: Civilrechtsfall (Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1837, I., S. 321).

[2]) S. Kopezky: Ueber das Verfahren bei der Hypothekarklage (Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1838, I., S. 248). — Vgl. auch die von Mattei, Comment. Vol. 2, pag. 435 angeführten Entscheidungen der ersten Instanz vom 28. Juli 1850 und des Obergerichtes vom 7. December n. J. in Beretta's Giorn. di giurispr. 1851, S. 237. — Anderer Meinung ist der Verfasser des Aufsatzes in Nr. 41 der Ger. Halle v. J. 1860.

[3]) S. Damianitsch: Ueber die Rechte des Pfandgläubigers nach §. 466 b. G. B. (Jurist, Bd. 8, S. 135) und Menzel: Rechtsfälle (Jurist, Bd. 10, S. 118); Ellinger dagegen meint (in seinem Aufsatze: Ueber den §. 466, als ein Beitrag zur rechtlichen Natur der Pfandklage; Jurist, Bd. 6, S. 46), daß der §. 367 als Ausnahmsgesetz auf das Pfandverhältniß keine Anwendung erleide, daß daher der dritte Erwerber des Pfandes sich die Ausübung des Pfandrechtes gefallen lassen müsse, wenn er gleich die verpfändete Sache unter den Umständen des §. 367 an sich gebracht.

[4]) S. die bereits oben angeführte Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 26. November 1856, Z. 11394, in der allg. österr. Ger. Ztg. Nr. 26 und in Glaser's und Unger's Sammlg. Nr. 241, und eine ähnliche Entscheidung vom 11. Juni 1856, Z. 5556, in der allg. österr. Ger. Ztg. J. 1859, Nr. 112, und in Glaser's und Unger's Sammlg. Nr. 995.

[5]) Vgl. auch den von Perissutti im Jahrg. 1831, III., S. 200 der Zeitschr. für österr. Rechtsgel. dargestellten Rechtsfall.

Neumann (Beitrag zur Erläuterung der Executions-Ordnung, Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1832, I., S. 72) und Kopezky (Ueber das Verfahren bei der Hypothekarklage, Zeitschr. für österr. Rechtsgel. 1838, I., S. 268) der ersten Meinung huldigten. In dieser Beziehung erklärte schon eine Note der Gesetzgebungs-Hofcommission vom 13. März 1815 (Pratob. Mat. Bd. 2, S. 282), „daß die Inhaber einer vorgemerkten und durch Urtheil liquidirten Forderung nach dem Inhalte des Pat. v. 5. April 1782 (s. oben S. 59 d. W.) in der Execution, wegen des an einen dritten geschehenen Verkaufes des Gutes, nicht gehindert werden, und solche auch wider den neuen Besitzer zu ertheilen sei, wenn sie den letzteren nicht als ihren neuen Schuldner durch Delegation ohne Vorbehalt angenommen haben," und weiter verfügt auch das Hfd. vom 23. Mai 1827, „daß der Besitzer einer in Execution verfallenen unbeweglichen Sache dieselbe während der Dauer der Execution allerdings veräußern, daß aber der Gläubiger ungeachtet dieser Veräußerung seine Executionsschritte über die verhypothecirte Sache in der Art verfolgen könne, als wäre sie nicht veräußert worden." Allein hierdurch war die Frage noch immer nicht gelöst, welche rechtliche Wirkungen eine Veräußerung hervorbringe, die noch vor der von dem Gläubiger erwirkten Execution vorgenommen wurde? Nunmehr bestimmt die mehrfach angeführte Justiz-Minist. Vdg. vom 19. September 1860, Nr. 212 des R. G. Bl., daß bei Pfandgütern, welche in einer Landtafel, einem Stadt- oder Grundbuche eingetragen sind, der Gläubiger die gerichtlich angebrachte Klage, wenn derjenige, gegen den sie gerichtet war, Eigenthümer des Pfandes ist, bücherlich anmerken lassen könne. Diese Anmerkung ist entweder bei dem Grundbuchsgerichte, oder bei demjenigen Gerichte anzusuchen, bei welchem die Klage angebracht wurde. Eine solche Anmerkung hat zur Folge, daß die Klage ihre Wirksamkeit auch gegen jeden späteren Eigenthümer des Pfandgutes nach Maßgabe des §. 443 des a. b. G. B. äußert, und daß daher insbesondere auf Grund des über die angemerkte Klage erfolgten rechtskräftigen Erkenntnisses oder executionsfähigen Vergleiches die Execution auf das Pfandgut unmittelbar gegen jeden Eigenthümer desselben geführt werden kann. Wenn die bücherliche Anmerkung der Klage nicht erfolgt ist, so kann die Execution auf ein verpfändetes Gut nur auf Grund eines wider den Eigenthümer desselben erwirkten rechtskräftigen Erkenntnisses oder mit demselben abgeschlossenen executionsfähigen Vergleiches ertheilt werden. — Zur Anmerkung ist, da das Gesetz nicht unterscheidet, sowohl die Klage gegen den Personalschuldner, wenn sich dieser zur Zeit der Anstellung derselben noch im Eigenthume der Pfandsache befindet, als die gegen den späteren Eigenthümer der Pfandsache gerichtete Hypothekarklage geeignet, nicht aber die Klage gegen den Personalschuldner, welcher das Eigenthum der Pfandsache bereits an einen andern übertragen hat. Sie kann gleich bei Ueberreichung der Klage, oder erst später gestellt werden, wenn nur zur Zeit, da das Gesuch bei der Grundbuchsbehörde einlangt, der Geklagte noch bücherlicher Besitzer ist. Ueber das Verfahren bei solchen Anmerkungen enthält die Vdg. vom 19. September 1860 keinerlei Bestimmungen; dieselben sind gegenwärtig in den §§. 59 und 60 des allg. Grundbuchgesetzes v. 25. Juli 1871, Nr. 95 des R. G. Bl., enthalten. Hätte der Kläger die bücherliche Anmerkung seiner Klage nicht erwirkt, bevor die Pfandsache in die Hände eines neuen Erwerbers überging, so bleibt ihm nichts anderes übrig, als mit der Pfandrechtsklage (Hypothekarklage) gegen den neuen Erwerber aufzutreten und auf Grundlage des wider ihn erwirkten rechtskräftigen Erkenntnisses oder eines mit ihm abgeschlossenen gerichtlichen Vergleiches die Execution der Pfandsache zu bewerkstelligen.

9. Erfolgt die Uebertragung des Eigenthumes der Pfandsache erst zu einer Zeit, da dieselbe bereits in Execution verfallen war, so können nach der o. a. Minist. Vdg. vom 19. September 1860 wegen der betreffenden Forderung die Executionsschritte auf das verpfändete Gut, ungeachtet der später erfolgten Veräußerung, auch gegen jeden neu eintretenden Eigenthümer desselben fortgesetzt werden, und

diese Anordnungen haben auch auf solche Pfandgüter, welche in Landtafeln, Stadt- oder Grundbüchern nicht eingetragen sind, so wie in denjenigen Kronländern Anwendung zu finden, in welchen derlei Bücher nicht bestehen. Da das Gesetz nicht weiter unterscheidet, so ist es gleichgiltig, ob die Execution auf Grundlage des gegen den Personalschuldner gefällten Urtheiles oder in Folge des über eine Hypothekarklage gegen den späteren Erwerber geschöpften Erkenntnisses, oder eines mit einem oder dem andern abgeschlossenen gerichtlichen Vergleiches erwirkt wurde; nur muß jedenfalls vor der Uebertragung des Eigenthumes der Pfandsache wenigstens schon der erste Executionsschritt vorgenommen worden sein, weil man nur dann von einer Fortsetzung der Execution sprechen kann [1]).

10. Daß der Gläubiger, welchem auf mehrere Immobilien seines Schuldners eine Gesammthypothek zusteht, die Wahl habe, aus welchem derselben er seine Befriedigung begehren will, ist bereits oben S. 27 d. W. erörtert worden. Dieses Recht kann ihm einseitig dadurch nicht geschmälert werden, daß eine oder die andere der verpfändeten Realitäten weiter veräußert wird; der dritte Besitzer ist also nicht berechtigt, dem Gesammthypothekargläubiger, der seine Befriedigung gerade aus dem an ihn veräußerten Immobile suchen will, die Einwendung der Vorausklagung (exceptio excussionis, vgl. oben S. 57 d. W.) entgegenzusetzen, d. h. zu verlangen, daß er sich an die noch im Besitze des Schuldners befindliche Realität halte [2]). Noch weniger kann von dieser Einwendung die Rede sein, wenn sämmtliche Immobilien, auf welchen die Simultanhypothek haftet, an dritte Personen übergegangen sind; allerdings stellt sich aber hier eine andere Frage heraus: welches Rechtsverhältniß nämlich unter den mehreren dritten Besitzern gegen einander eintrete, wenn einer von ihnen den Gesammthypothekargläubiger vollständig befriedigt hat? — Es wurde behauptet, daß hier das Correalitätsprincip anzuwenden sei [3]); allein mit Recht hat schon Kopezky [4]) bemerkt, daß kein Gesetz besteht, nach welchem die bloße Anmerkung der Conjunction mehrerer Hypotheken zugleich auch ein Correalitätsverhältniß begründete; daß also abgesehen von einem besonderen Uebereinkommen der zahlende Hypothekarschuldner wohl in die Rechte des Gläubigers eintrete, und befugt sei, von dem Personalschuldner den Ersatz der bezahlten Schuld zu fordern (§. 1358), daß er aber von den übrigen dritten Besitzern der simultan hypothecirten Immobilien, auf welchen eben diese Forderung mit ungetheilter Summe haftet, einen Ersatz weder überhaupt noch verhältnißmäßig zu verlangen berechtiget sei [5]).

11. Es ist schon wiederholt bemerkt worden, daß die Hypothekarklage nur auf Befriedigung aus der verpfändeten Sache gerichtet werden könne. Persönlich, d. h. mit seinem anderweitigen Vermögen ist der dritte Besitzer den Hypothekargläubigern nur dann verpflichtet, wenn, und insoweit er sich hierzu ausdrücklich durch ein besonderes Uebereinkommen verbindlich gemacht hat [6]). Wurde dieses bloß

---

[1]) S. die Entscheidungen des obersten Gerichtshofes vom 15. Mai 1861, Z. 3079 (allg. österr. Ger. Ztg. J. 1861, Nr. 103), vom 12. August 1862, Z. 5481, und vom 23. September 1862, Z. 6469 (ebd. J. 1862, Nr. 155); — dann vom 26. März 1861, Z. 2236 (in Nr. 39 der Ger. Halle v. J. 1861).

[2]) S. Kopezky: Ueber das Rechtsverhältniß dritter Besitzer u. s. w. (Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1837, I., S. 341).

[3]) Franz Zlobitzky: Ueber das Ersatzrecht der durch unverhältnißmäßige Befriedigung eines vorgehenden Gesammthypothekargläubigers verkürzten nachfolgenden Gläubiger (Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1839, I., S. 129).

[4]) A. a. O. S. 345.

[5]) Daß er nicht berechtigt sei, gegen die übrigen Pfandschuldner eine Hypothekarklage anzustellen, wurde von dem obersten Gerichtshofe in einer Entscheidung vom 13. Juli 1858, Z. 6879 (Nr. 26 der allg. österr. Ger. Ztg. J. 1859) ausgesprochen. Der Eigenthümer eines für eine Forderung simultan verpfändeten Grundstückes — heißt es in den dießfälligen Entscheidungsgründen — hat durch die dem Gläubiger geleistete Zahlung der ganzen Schuld nur eine nach §. 443 des a. b. G. B. ihm obliegende Verbindlichkeit erfüllt. Dadurch ist er keineswegs in die Rechte des befriedigten Gläubigers in der Art eingetreten, daß er die Pfandrechte, welche dem letzteren zustanden, an dessen Stelle geltend machen könnte; denn durch die Zahlung der ganzen Schuld von Seite desjenigen, welcher dazu verpflichtet war, sofern er es nicht vorzog, dem Pfandgläubiger die Pfandsache selbst abzutreten, erloschen sofort auch die persönliche Forderung und das Pfandrecht des Gläubigers, und konnten somit weder durch Cession, noch durch eine andere Singularsuccession auf den zahlenden Pfandschuldner übergehen; es kann ihm daher die Hypothekarklage gegen die Besitzer der übrigen simultan verpfändeten Realitäten nicht zustehen. — Ob ihm ein persönliches Regreßrecht gebühre, wurde nicht entschieden, da ein Begehren nicht darauf gestellt war.

[6]) Dieß findet häufig bei licitatorischen Verkäufen statt, wenn der Ersteher kraft der Feilbietungs-

zwischen dem Käufer und Verkäufer dahin abgeschlossen, daß der Käufer die auf dem Immobile haftenden Schulden in Rechnung oder auf Abschlag des Kaufschillings zu übernehmen habe, so ist nach §. 1402 nur eine unvollständige Assignation vorhanden, welche lediglich für diejenigen Theile wirksam ist, die mit einander einverstanden sind. Allerdings kann aber der Verkäufer dem Pfandgläubiger seine Rechte gegen den Käufer abtreten (§§. 1392 und 1394), oder ihn an denselben anweisen (§§. 1400 und 1408), in welchem Falle dem Assignatar die Assignation als eine Abtretungsurkunde gilt, und zwischen ihm und dem Assignaten (dem Käufer) eben dasselbe Verhältniß Platz greift, welches zwischen dem Uebernehmer einer Forderung und dem übernommenen Schuldner, dem der Uebernehmer bekannt gemacht worden ist, stattfindet [1]). Eine vollständige Assignation (§. 1401) kömmt erst dann zu Stande, wenn die Hypothekargläubiger dem zwischen dem Käufer und Verkäufer getroffenen Uebereinkommen beitreten, und entweder den Kaufcontract zum Zeichen ihres Beitrittes mitfertigen, oder sich in einer besonderen Urkunde erklären, den Käufer als ihren alleinigen Schuldner annehmen zu wollen; worauf sohin die Bestimmungen der §§. 1406 und 1407 als anwendbar erscheinen [2]).

§. 467.

Erlöschung des Pfandrechtes.

Wenn die verpfändete Sache zerstört wird; wenn sich der Gläubiger seines Rechtes darauf gesetzmäßig begibt, oder, wenn er sie dem Schuldner ohne Vorbehalt zurück stellt; so erlischt zwar das Pfandrecht, aber die Schuldforderung besteht noch.

§. 468.

Das Pfandrecht erlischt ferner mit der Zeit, auf welche es eingeschränkt war, folglich auch mit dem zeitlichen Rechte des Pfandgebers auf die verpfändete Sache, wenn anders dieser Umstand dem Gläubiger bekannt war, oder aus den öffentlichen Büchern bekannt sein konnte.

§. 469.

Durch Tilgung der Schuld hört das Pfandrecht auf. Der Pfandgeber ist aber die Schuld nur gegen dem zu tilgen verbunden, daß ihm das Pfand zugleich zurückgestellt werde. Zur Aufhebung einer Hypothek ist die Tilgung der Schuld allein nicht hinreichend. Ein Hypothekar-Gut bleibt so lange verhaftet, bis die Schuldurkunde aus den öffentlichen Büchern gelöscht ist.

1. Die eigenthümliche Natur des Pfandrechtes, als eines Rechtes, welches dem Gläubiger zur Sicherheit seiner Forderung auf eine bestimmte Sache eingeräumt wird, bringt es mit sich, daß dasselbe entweder für sich allein, wie andere Rechte, oder aber mit der Forderung, auf die es sich bezieht, erlöschen kann.

2. Das erste ist zunächst der Fall, wenn die verpfändete Sache zerstört wird (§. 467), weil hier das Object verschwindet, an dem das Pfandrecht haftet. Doch muß dabei ein gänzlicher Untergang vorausgesetzt werden (vgl. §. 1447), weil sonst das Pfandrecht an den übrig gebliebenen Theilen noch fortbesteht, z. B. an der Grundfläche, wenn das verhypothecirte Gebäude abgebrannt ist. — Ingleichen

---

bedingnisse sich persönlich zur Zahlung des Kaufschillings an jene Tabulargläubiger, welche ihm vom Gerichte zugewiesen werden, verpflichtet. S. Die Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 14. Juni 1859, Z. 6020, in Nr. 134 der allg. österr. Ger. Ztg. J. 1859 und in Glaser's und Unger's Sammlg. Nr. 806.

[1]) S. Schuster's Abhandlung: Ist der Uebernehmer eines verpfändeten Grundstückes den Hypothekargläubigern persönlich, folglich mit seinem Vermögen verantwortlich? Wien, 1830. Der Verfasser behauptet, daß bei einer unentgeltlichen Erwerbung des Hypothekargutes, durch Schenkung oder Vermächtniß, der Uebernehmer ebenfalls mit seinem eigenen Vermögen, daher persönlich hafte; allein hiergegen kann mit Nippel (Erläut. Bd. 3, S. 414) eingewendet werden, daß der §. 466 zwischen einer entgeltlichen und unentgeltlichen Uebertragung durchaus nicht unterscheidet, und daß der Uebernehmer eines unbeweglichen Gutes nach §. 443 nur die darauf haftenden Lasten (nicht Schulden) übernehmen müsse, wornach für ihn keine andere Verbindlichkeit entsteht, als daß er dulden muß, daß der Gläubiger aus der Sache seine Befriedigung erhole.

[2]) S. Kopezky: Ueber das Rechtsverhältniß dritter Besitzer bei verhypothecirten Immobilien überhaupt, und insbesondere bei simultan verpfändeten Immobilien. Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1837, I., S. 327. — Vgl. auch den von Schiedemayr mitgetheilten Rechtsfall im Juristen, Bd. 19, S. 476.

lebt es wieder auf, sobald die zerstörte Sache neuerdings hergestellt wird, keineswegs aber geht es an und für sich auf den etwa zu leistenden Entschädigungsbetrag über. Hinsichtlich der Brandschadensvergütungen bestimmt sogar das Hfd. vom 18. Juli 1828, Nr. 2354 der J. G. S., daß dieselben weder durch Cessionen noch durch gerichtliche Verbote und Executionsführungen ihrem Zwecke zur Wiederherstellung der durch Feuer beschädigten Gebäude entzogen werden dürfen, damit die Hypothekargläubiger nicht an ihren Pfandrechten verkürzt werden; doch hat diese Anordnung nach dem Hfkzld. vom 31. März 1831 auf Tirol keine Anwendung, da nach §. 15 der Statuten der tirol. Assecuranzanstalt die Entschädigung ohne Unterschied, ob das versicherte Gebäude wieder aufgebaut werde oder nicht, dem Beschädigten gebührt. Ungeachtet der Zerstörung des Pfandes bleibt aber die Forderung des Gläubigers noch aufrecht (§§. 459 und 467; s. oben S. 42 d. W.), da diese recht wohl ohne jenes bestehen kann (§. 449). Inwiefern übrigens der Pfandgläubiger berechtiget sei, bei eingetretenem Untergange der Pfandsache die Bestellung eines anderen angemessenen Pfandes zu fordern, ist bereits oben S. 40 und 41 erörtert worden.

3. Da als Pfand nur eine Sache dienen kann, die im Verkehre steht (§. 448), so muß das Pfandrecht wohl auch erlöschen, wenn die als Pfand bestellte Sache dem Verkehre entzogen wird (vgl. §. 880), ohne daß jedoch der Bestand der Forderung dadurch beirrt würde.

4. Nach §. 1444 erscheint die Entsagung überhaupt als eine Erlöschungsart der Rechte und Verbindlichkeiten; es muß daher auch das Pfandrecht erlöschen, wenn sich der Gläubiger seines Rechtes auf die verpfändete Sache begibt (§. 467). Doch tritt diese Folge nur dann ein, wenn die Begebung eine „gesetzmäßige" war; es ist also erforderlich, daß der Gläubiger befugt sei, auf sein Recht Verzicht zu leisten, was z. B. bei Minderjährigen ohne Genehmigung ihres Vertreters und nach Umständen zugleich des Gerichtes nicht der Fall ist (§. 865); auch dürfen dadurch die Rechte dritter Personen nicht beeinträchtigt werden (§. 881); deßhalb würde das Pfand, ungeachtet einer in Mitte liegenden Entsagung des Pfandgläubigers, dennoch dem Inhaber des Afterpfandes verhaftet bleiben (vgl. §. 455); und in gleichem Sinne verfügt der §. 1360, daß ein Gläubiger, dem vor oder bei Leistung der Bürgschaft noch außer derselben von dem Hauptschuldner oder einem dritten ein Pfand gegeben wurde, nicht befugt ist, zum Nachtheile des Bürgen sich des Pfandes zu begeben. Dagegen kann ein Gläubiger, welchem eine Gesammthypothek zusteht, allerdings der Hypothek auf einem oder dem andern der conjunctim verpfändeten Immobilien dergestalt entsagen, daß diese bei dem einen Immobile gelöscht werde, bei den übrigen aber noch haftend bleibe; und weder die dritten Besitzer dieser übrigen conjunctim verpfändeten Realitäten, noch die auf denselben nach der Gesammthypothek eingetragenen (postlocirten) Gläubiger können dagegen Einspruch erheben, denn der Gesammthypothekargläubiger, der ja nach obigem (S. 57 d. W.) berechtiget ist, das eine oder das andere Immobile nach seiner freien Wahl in Execution zu ziehen, muß doch ebenfalls befugt sein, ein oder das andere derselben von der Hypothek zu befreien, also darauf Verzicht zu leisten und in deren Löschung zu willigen, ohne daß er den Schaden, der durch die Ausübung seines Rechtes für einen dritten daraus entspringt, zu verantworten brauchte (§. 1305) [1]. Die Verzichtleistung auf das Pfandrecht kann übrigens ausdrücklich oder stillschweigend geschehen (§. 863), und muß in Bezug auf Hypotheken immer in der Art vorgenommen werden, daß ihre Löschung aus dem öffentlichen Buche erfolgen kann (§. 469). Als eine stillschweigende Verzichtleistung ist es insbesondere anzusehen, wenn der

[1]) S. Kopezky: Ueber Gesammt- oder Simultan-Hypotheken. Zeitschr. für österr. Rechtsgel. 1836, I., S. 258. — Anderer Meinung ist Nippel, Erläut. Bd. 3, S. 520, welcher hier den §. 896 angewendet wissen will. Allein das Princip der Correalität, von dem der Verfasser ausgeht, ist schon von Kopezky (Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1837, I., S. 345) siegreich bekämpft worden.

Gläubiger dem Schuldner die Pfandsache ohne Vorbehalt zurückstellt, ein Fall, der nur beim Handpfande eintreten kann. Geschah die Zurückstellung mit Vorbehalt des Pfandrechtes, z. B. damit der Eigenthümer die Sache jemandem vorweisen könne, der sie zu kaufen wünscht, oder damit er sich des verpfändeten Schmuckes bei irgend einer Feierlichkeit bediene, so kann darin eine Verzichtleistung auf das Pfandrecht nicht gesehen werden; immerhin ist es aber möglich, daß hierdurch der Pfandgläubiger seines Pfandes verlustig werde, wenn nämlich der Eigenthümer treuloser Weise die Sache unter den Umständen des §. 367 veräußert, anstatt sie dem Pfandgläubiger wieder einzuhändigen (s. oben S. 63 d. W.). Daß in dem oben erörterten nicht der einzige Fall einer stillschweigenden Entsagung vorhanden sei, dürfte wohl kaum einem Zweifel unterliegen, doch läßt sich im allgemeinen keine andere bestimmte Handlung bezeichnen, die hier als entscheidend anzunehmen wäre, sondern es muß (nach §. 863) auf die jeweilig obwaltenden Umstände gesehen werden [1]). Die Entsagung darf übrigens nicht weiter ausgedehnt werden, als der klare Wille des Entsagenden reicht. Wurde daher die Verzichtleistung nur unter einer bestimmten aufschiebenden Bedingung erklärt, so ist sie nicht eher wirksam, als bis diese Bedingung eingetreten ist (§§. 897 und 699); erstreckt sich dieselbe nur auf einen Theil des Pfandes, so bleibt das Pfandrecht im übrigen aufrecht. Ueberhaupt enthält die Verzichtleistung auf das Pfandrecht noch keineswegs auch eine Verzichtleistung auf die Forderung, diese besteht vielmehr fort (§. 467) [2]). Eine Art erzwungener Entsagung lag in der nun aufgehobenen Bestimmung des §. 485 des Str. G. B., zufolge welcher derjenige, der aus dem Gelderausleihen auf Pfänder ein eigenes Gewerbe macht, Pfänderbücher führt, Versatzscheine ausgibt, sich einer Uebertretung schuldig machte, und mit der unentgeltlichen Zurückgabe der angenommenen Pfänder an den Eigenthümer bestraft wurde.

5. Eine weitere Erlöschungsart ist der Verlauf der Zeit, auf welche das Pfandrecht bei der Bestellung eingeschränkt wurde (§§. 468 und 1449), wohl auch der Eintritt einer auflösenden Bedingung, an die es geknüpft ward (§§. 897 und 696). Solche Fälle treten häufig bei Bestellung von Cautionen ein, die für einen bestimmten Zeitraum, oder für die Dauer eines bestimmten Dienstverhältnisses eingeräumt zu werden pflegen [3]).

6. Auch durch Verjährung kann das Pfandrecht erlöschen, und zwar in der Regel durch einen dreißigjährigen Nichtgebrauch desselben (§§. 1478 und 1479); doch gilt diese Bestimmung nur von der Hypothek, da der §. 1483 ausdrücklich verfügt, daß dem Gläubiger, so lange er das Pfand in Händen hat, die unterlassene Ausübung des Pfandrechtes nicht eingewendet, und das Pfandrecht nicht verjährt werden könne. Nach Verlauf der Verjährung kann der Verpflichtete zufolge §. 1499 die Löschung seiner in den öffentlichen Büchern eingetragenen Verbindlichkeit (die Löschung der Satzpost) begehren; doch kömmt hierbei die Bestimmung des §. 1500 zu erwähnen, vermöge welcher das aus der Verjährung erworbene Recht demjenigen, welcher im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher noch vor Löschung desselben die betreffende Satzpost an sich gebracht hat, zu keinem Nachtheile gereichen kann. — Verjährte Schuldposten können übrigens auch mit Ersparung des ordentlichen Rechtsweges auf dem Wege der Edictalcitation des Gläubigers gelöscht werden.

---

[1]) Unrichtig scheint uns daher, wenn Nippel (Erläut. Bd. 3, S. 519) behauptet, daß die Bewilligung zur Veräußerung der beweglichen Pfandsache jedenfalls als eine stillschweigende Verzichtleistung anzusehen sei.

[2]) Deßhalb verfügt auch der §. 666: „Wird durch ein Vermächtniß das Pfandrecht . . . erlassen, so folgt daraus nicht, daß auch die Schuld erlassen worden sei."

[3]) Eine wenigstens theilweise Rückstellung der Caution kann gefordert werden, wenn das Verhältniß, mit Rücksicht auf welches sie geleistet wurde (z. B. das Pachtverhältniß), erloschen ist, und sich herausstellt, daß jedenfalls nur eine geringere Forderung, als der Betrag der ganzen Caution ausmacht, gegen den Cautionsleger geltend gemacht werden könnte. (S. die Entschdg. des obersten Gerichtshofes vom 31. März 1857, Z. 3016 in Nr. 12 der Ger. Halle vom Jahre 1859, und in Glaser's und Unger's Sammlg., Nr. 1017).

Der §. 118 des allg. Grundbuchsgesetzes ordnet hierüber an: Wenn seit der Einverleibung einer Hypothekarforderung und, falls weitere Eintragungen sich auf dieselbe beziehen, auch seit der letzten dieser Eintragungen ein Zeitraum von mindestens fünfzig Jahren verstrichen ist, und wenn diejenigen, welche nach den Eintragungen als die Berechtigten erscheinen oder deren Erben und Nachfolger nicht ausfindig zu machen sind, auch während dieser Zeit weder eine Capitals- oder Interessenzahlung erhoben haben, noch das Recht auf irgend eine andere Art geltend gemacht worden ist, so kann der Schuldner um die Einleitung der Amortisirung bei dem Grundbuchsgerichte ansuchen.

Das weitere Verfahren in solchen Fällen wird durch die §§. 119—121 des allg. Grundb. Gesetzes und durch das Gesetz v. 31. März 1875, Nr. 52 des R. G. Bl., bestimmt; diese Anordnungen fallen aber außer den Rahmen dieses Werkes.

7. Nach §. 40 der Hypothekenordnung vom 19. April 1806 hörte die Wirksamkeit einer Hypothek auf, wenn die Einschreibung derselben nicht vor Ablauf von zehn Jahren erneuert wurde. Die Kraft dieser gesetzlichen Bestimmung war im lomb. venet. Königreiche anfänglich (lomb. Gub. Circ. v. 14. Nov. 1816 und venet. Gub. Circ. v. 28. Juni 1818) suspendirt, in der Folge aber durch Vdg. v. 19. Juni 1826 wieder hergestellt worden. Demnach müssen gegenwärtig die hypothekarischen Inscriptionen je innerhalb 10 Jahren nach ihrer Vornahme erneuert (renovirt) werden, widrigenfalls das dingliche Recht verloren geht; doch bleibt dem Gläubiger der Rechtstitel, d. i. das persönliche Recht, welches durch die neuerliche Einschreibung, auch nach verflossenem Termine, wieder in ein dingliches verwandelt werden kann, jedoch ohne alle rückwirkende Kraft[1]). Die Art der Erneuerung stimmt mit jener der ursprünglichen Eintragung überein, nur müssen in den dießfälligen Noten die früheren Einschreibungen dem Datum nach angeführt werden. Hierbei ist es nicht nöthig, die Documente vorzulegen, welche den Titel zur Hypothek enthalten, sondern es genügt die mit der ämtlichen Bestätigung versehene Note der ursprünglichen Einschreibung, oder der letzten Erneuerung, oder auch ein Auszug aus den Hypothekenbüchern. Die Erneuerungsgesuche können übrigens zufolge des Gub. Circ. vom 25. Mai 1828 und des Hfd. vom 12. August 1837 auch gegen den Personalschuldner und die in der früheren Einschreibung genannten Personen gerichtet werden, wenngleich die hypothecirte Realität sich nicht mehr in ihrem Besitze befinden sollte.

Ueber die Erneuerung der Inscriptionen in Tirol und Dalmatien siehe die oben (S. 31) am Schlusse der Erläuterungen zu §. 453 angeführten Gesetze.

8. Das Pfandrecht erlischt ferner, wenn das Recht des Pfandgebers auf die verpfändete Sache nur ein zeitliches war und sohin aufgelöst wird. Dieß ist z. B. der Fall, wenn jemandem das Eigenthum einer Sache unter einer auflösenden Bedingung zugewendet wurde (§. 707); ferner bei fideicommissarischen Substitutionen (§. 613) und bei Familienfideicommissen, in Ansehung derer der §. 632 bestimmt, daß, wenn der Fideicommißbesitzer die Früchte des Fideicommisses oder selbst das Fideicommiß-Gut verpfändet, diese Verpfändung nur für denjenigen Theil der Früchte gilt, welchen er einzusammeln berechtiget ist, nicht aber für das Fideicommiß-Gut, oder den Theil der Früchte, welcher dem Nachfolger gebührt. Hierbei ist jedoch erforderlich, daß der Umstand, vermöge dessen das Recht des Pfandgebers sich als ein bloß zeitliches darstellt (z. B. die Bedingung des Wiederkaufes, §. 1068, der Vorbehalt eines besseren Käufers, §. 1083 u. dgl.) dem Pfandgläubiger bekannt war, sonst würde, in Uebereinstimmung mit der Anordnung der §§. 367 und 456, das Pfandrecht auch nach aufgehobenem Rechte des Pfandgebers fortbestehen; ist jedoch das obwaltende Verhältniß aus den öffentlichen Büchern ersichtlich, so erlischt das Recht des Pfandgläubigers jedenfalls, wenn er auch nicht darum gewußt hätte, weil schon nach §. 443 derjenige, der die öffentlichen Bücher nicht einsieht, in allen Fällen für seine Nachlässigkeit leidet (§. 467). Uebrigens muß der Grund, aus welchem das Recht des Verpfänders an der Pfandsache aufgelöst wird, in der Natur dieses Rechtes selbst gelegen, und schon zur Zeit der Ver-

[1]) S. Lutterotti, a. a. O. S. 99.

pfändung vorhanden, wenn auch nicht wirksam gewesen sein; würde daher z. B. eine Schenkung wegen eines erst nach eingeräumtem Pfandrechte dem Geschenknehmer zur Last fallenden Undankes widerrufen, so müßte der Widerrufende die mittlerweile vorgenommene Belastung der Sache als giltig anerkennen.

9. So oft auf was immer für eine Art das Recht mit der Verbindlichkeit in einer Person vereinigt wird, erlöschen nach §. 1445 beide; es muß also auch das Pfandrecht aufhören, wenn der Pfandgläubiger Eigenthümer der Pfandsache wird. Doch werden Rechte und Verbindlichkeiten, welche den öffentlichen Büchern einverleibt sind, durch die Vereinigung (Consolidation, Confusion) in einer Person nicht aufgehoben, bis die Löschung aus den öffentlichen Büchern erfolgt ist (§. 1446).

10. Wenn das Pfand im Executionswege veräußert wird, so hat, wie schon oben (S. 51 u. 54 d. W.) bemerkt wurde, der Meistbieter den auf dem erkauften Gute mit Pfandrecht versehenen Gläubigern nur so weit zu haften, als sich der Kaufschilling erstreckt (§. 328 der a., §. 436 der gal., §. 425 der ital. G. O., dann Hfd. vom 15. Jänner 1787, Nr. 621, lit. s der J. G. S.); in Ansehung derjenigen Forderungen also, die durch den Feilbietungserlös nicht mehr getilgt werden können, erlischt das Pfandrecht durch die executive Veräußerung der Pfandsache, und es muß daher bei Hypotheken insbesondere der Ersteher in die Lage versetzt werden, die leer ausgehenden Schuldposten aus dem öffentlichen Buche löschen zu lassen. Aehnliche Vorschriften gelten auch im Concursverfahren, indem nach §§. 142 und 144 Conc. Odg. die Veräußerung beweglicher und unbeweglicher Güter in der Regel in der im Executionsverfahren vorgeschriebenen Weise zu geschehen hat, und den Realgläubigern nach §. 30 Conc. Odg. nur, insoferne ihnen zugleich ein persönlicher Anspruch gegen den Gemeinschuldner zusteht, vorbehalten bleibt, ihre Befriedigung gleichzeitig auch gegen die gemeinschaftliche Concursmasse als Concursgläubiger zu suchen, als welchen ihnen aber ein besonderes Vorrecht nicht zusteht. Die gleiche Wirkung in Bezug auf die Rechte der intabulirten Gläubiger, wie der zwangsweise Licitandoverkauf in und außer dem Concurse, muß, wie Nippel[1]) ganz richtig bemerkt, auch dann eintreten, wenn eine Sache zum allgemeinen Besten, gegen Vergütung des Schätzungsbetrages (im Expropriationswege), nach §. 365 des b. G. B. an den Staat überlassen wird; „denn jeder Sache klebt die Last an, daß selbe, wenn es das allgemeine Beste erheischt, gegen Vergütung des Schätzungspreises dem Staate abgetreten werden müsse. Jeder intabulirte Gläubiger hat sohin nur ein Pfandrecht auf die bereits mit dieser Belastung versehene Sache, und er muß daher in dem Falle, als der Staat dieses Recht in Ausführung bringt, insoweit der Vergütungsbetrag den Betrag seiner Schuld nicht erreicht, sich den Verlust seines Pfandrechtes eben so gefallen lassen, als jene Gläubiger, deren Forderungen auf eine Realität intabulirt sind, worauf vor ihnen das Recht eines anderen, die Realität um einen bestimmten Preis an sich zu bringen, eingetragen ist.“ Endlich verfügt der §. 167 des St. G. über Gefällsübertretungen: „Nachdem die Sache, welche für die den Straffall treffenden Vermögensstrafen haftet, in Vollziehung des Verfahrens über Gefällsübertretungen von den dazu bestellten Behörden oder Aemtern veräußert wurde, können die Pfandgläubiger die Sache, auf die sie das Pfandrecht erworben hatten, gegen denjenigen, der die Sache von den gedachten Behörden oder Aemtern an sich brachte, oder an den der letztere sein Recht abgetragen hat, nicht zurückfordern.“

11. In Verbindung mit den eben erörterten Bestimmungen steht eine weitere Erlöschungsart des Pfandrechtes, nämlich die Nichtanmeldung desselben im Zuge des Graduations- und des früheren Concursverfahrens. In der ersten Beziehung verfügt das Hfd. vom 25. Februar 1840 (s. oben S. 54 d. W.), daß der Gläubiger, welcher die zur Verhandlung über die Vertheilung des Kaufschillings angeordnete

---

[1]) S. Erläut. Bd. 3, S. 542.

Tagsatzung oder die Frist zu den dießfälligen Klagen (S. d. 55 W.) versäumt hat, das ihm bestrittene Recht auf die Befriedigung aus der Hypothek (nicht aber die persönliche Forderung an den Schuldner und die auf anderen Gütern des Schuldners erworbenen Hypothekarrechte) verliere. Ingleichen ergeht auch in dem Reinigungsverfahren nach dem lomb.-venet. Hypothekensysteme die Vorladung der Gläubiger unter dem Präjudize der Ausschließung von der Vertheilung des Kaufpreises [1]). In Beziehung auf das Concursverfahren bestimmte der §. 7 der a. C. O. (§. 84 der gal. und §. 79 der ital. G. O.), daß in dem Concursedicte alle, welche eine Forderung an den Verschuldeten haben, vorzuladen, und aufzufordern seien, ihre Forderungen bis zu einem bestimmten Tage anzumelden, widrigens sie (ungeachtet des ihnen etwa gebührenden Pfandrechtes) von dem vorhandenen Vermögen, insoweit es die Gläubiger, die sich melden werden, erschöpfen, abgewiesen sein würden; in dem Classificationsurtheile war sohin nach §. 29 der a. C. O. (§. 121 der gal. und §. 115 der ital. G. O.) zu erklären, daß alle, ohne Ausnahme, welche sich nicht angemeldet haben, abgewiesen seien; und das Hfd. vom 7. Februar 1783, Nr. 120, lit. b der J. G. S., bestimmte noch insbesondere, daß in Folge des besagten §. 29 der C. O. unstreitig auch jene, welchen ein Pfandrecht auf das Vermögen des Verschuldeten eigen ist, sich bei der Concursinstanz zu melden haben [2]).

12. Die accessorische Natur des Pfandrechtes (§. 449) bringt es mit sich, daß es mit dem Erlöschen der Forderung in der Regel auch aufhören muß; wofern nur das Hauptrecht im ganzen Umfange und in jeder Hinsicht erloschen ist. Dieß geschieht: a) vorzüglich durch die Zahlung, d. i. die Leistung dessen, was man zu leisten schuldig ist (§. 1412), wenn sie unter Beobachtung der gesetzlichen Bestimmungen erfolgte [3]). Die Stelle der Zahlung kann aber nach §. 1414 auch die Gebung an Zahlungsstatt und nach §. 1425 die gerichtliche Hinterlegung der Schuld vertreten, und die Compensation erscheint nach §. 1438 ebenfalls nur als eine Art der Zahlung. b) Für den Fall der Novation bestimmt der §. 1378, daß die mit der vorigen Hauptverbindlichkeit verknüpften Pfandrechte durch den Neuerungsvertrag erlöschen, wenn die Theilnehmer nicht durch ein besonderes Einverständniß hierüber etwas anderes festgesetzt haben. c) Die Verzichtleistung auf die Forderung (§. 1444) schließt der Natur der Sache nach auch die Verzichtleistung auf das Pfandrecht in sich. d) Ebenso entfällt dieses, wenn auf was immer für eine Art das Recht mit der Verbindlichkeit in einer Person vereinigt wird (§. 1454); e) wenn die Erfüllung der Verbindlichkeit durch Zufall unmöglich wird (§. 1447); f) endlich, wenn das Recht oder die Verbindlichkeit durch den Tod (§. 1448) oder g) durch den Zeitverlauf (§. 1449) erlischt. Nur in Ansehung der Verjährung kömmt die schon o. a. Verfügung des §. 1483 zu berücksichtigen, vermöge welcher dem Gläubiger, so lange er das Pfand in Händen hat, die unterlassene Ausübung des Pfandrechtes nicht eingewendet werden kann.

---

[1]) S. Lutterotti, a. a. O. S. 104.

[2]) Gegenwärtig brauchen sich die Realgläubiger nicht in das Concursverfahren einzulassen; eine Erlöschung ihres Pfandrechtes durch Nichtanmeldung der Forderung tritt nicht ein.

[3]) M. Neuda (in seinem Aufsatze: Zum §. 466 des a. b. G. B. in Nr. 2 der Ger. Ztg. v. J. 1859) meint, daß eine Ausnahme von diesem Grundsatze Platz greife, wenn während der Verpfändungszeit das Eigenthum der verpfändeten Sache an einen dritten übergegangen ist, und der Personalschuldner sohin den Gläubiger befriedigt. Bei dem persönlichen Schuldner soll in diesem Falle ein doppelter Standpunkt zu berücksichtigen sein, nämlich sein Standpunkt als zahlender persönlicher Schuldner und sein Standpunkt als unfreiwilliger Zahler einer ihn als persönlichen Schuldner nicht bindenden dinglichen Forderung. Als zahlender persönlicher Schuldner werde er von dem Pfandgläubiger die Bestätigung der erfüllten Verbindlichkeit und die Auslieferung des ihm übergebenen Schuldscheines verlangen können (§§. 1426 und 1428 des a. b. G. B.); als unabweislicher Zahler einer ihn nicht treffenden dinglichen Forderung aber allenfalls die Abtretung (nicht Rückstellung) des Sicherheitsmittels, jedoch nur im Sinne der §§. 1422 und 1394 des a. b. G. B. Diesen zufolge werde er zwar auf jede Haftung für die ihm übertragene dingliche Forderung zu verzichten haben, dafür aber durch den Empfang des Faustpfandes oder durch die Bewilligung der Supereinverleibung auf die bestehende Hypothek dem Pfandeigenthümer gegenüber in das dingliche Recht des Pfandgläubigers treten. — Uns scheint jedoch diese Ansicht mit der accessorischen Natur des Pfandrechtes nicht im Einklange zu stehen und der klaren und deutlichen Bestimmung des §. 469 des b. G. B. durchaus zu widerstreiten.

13. Ist das Pfandrecht auf was immer für eine Weise erloschen, so ist kein Grund mehr vorhanden, daß der (ehemalige) Pfandgläubiger ferner im (phisischen oder bücherlichen) Besitze der verpfändeten Sache bleibe (vgl. §. 1435); diese muß vielmehr, wenn sie beweglich ist, dem Eigenthümer zurückgestellt, wenn sie unbeweglich ist, von der darauf haftenden Last befreit werden. Deßhalb bestimmen die §§. 469 und 1369, daß der Pfandgeber die Schuld nur gegen dem zu tilgen verbunden sei, daß ihm das Pfand zugleich zurückgestellt werde. Bliebe dieß in den Händen des Gläubigers, so wäre für den Eigenthümer die Gefahr vorhanden, seines Eigenthumes verlustig zu werden (§. 367) oder ein, wenn auch unbefugter Weise einem dritten darauf eingeräumtes Pfandrecht anerkennen zu müssen (§. 456). Sollte daher die Zurückstellung des Pfandes nicht erfolgen können, so stünde dem Schuldner bevor, die abzutragende Sache bei Gericht zu hinterlegen, oder die gerichtliche Einleitung zu deren Verwahrung anzusuchen (§. 1425). Bei Hypotheken muß der befriedigte Gläubiger nach §. 1369 den Verpfänder in den Stand setzen, die Löschung der Verbindlichkeit aus den Hypotheken-Büchern bewirken zu können. Hierzu ist eine Urkunde (gewöhnlich eine Quittung nach §. 1426) erforderlich, welche mit allen Tabular-Erfordernissen versehen ist (I. Bd. S. 517), und insbesondere die sog. Extabulations-Clausel enthält, d. i. die Bewilligung, daß die Löschung der fraglichen Schuldpost aus dem öffentlichen Buche erfolgen könne [1]). Besäße der Schuldner zwar eine glaubwürdige, aber nicht mit allen gesetzlichen Erfordernissen versehene (löschungsfähige) Urkunde, so kann beim Vorhandensein der gesetzlichen Bedingungen (I. Bd., S. 521 b. W.) doch die Vormerkung der Löschung oder wenigstens die Anmerkung der Löschungsklage nach den Bestimmungen der §§. 61—71 des allg. Grundb. Ges. erwirkt werden. Steht der Kläger von der Klage auf Löschung ab, oder wird er durch rechtskräftiges Erkenntniß abgewiesen, oder hat er die Klage im Falle des §. 63 in der vorgeschriebenen Frist nicht überreicht, so ist auf Ansuchen des Gegentheils die Löschung der Streitanmerkung zu verfügen. — Wird aber durch ein rechtskräftiges Urtheil oder einen Vergleich die bestrittene Einverleibung ganz oder theilweise aufgehoben, so ist auf Ansuchen des Klägers die Vornahme der Löschung der bestrittenen Einverleibung in der in dem Urtheile oder Vergleiche ausgedrückten Art und Ausdehnung zu bewilligen und zugleich sowohl die Löschung der Streitanmerkung als aller derjenigen Einverleibungen und Vormerkungen anzuordnen, welche hinsichtlich des zu löschenden Rechtes erst nach dem Zeitpunkte, in welchem das Gesuch um die Streitanmerkung an das Grundbuchsgericht gelangt ist, angesucht worden sind.

14. Der Schluß des §. 469 enthält eine in der Natur des Hypothekeninstitutes begründete Anordnung, vermöge welcher nämlich zur Aufhebung einer Hypothek die Tilgung der Schuld allein nicht hinreichend ist, sondern das Hypothekargut so lange verhaftet bleibt, bis die Schuldurkunde aus den öffentlichen Büchern gelöscht ist. Diese Verfügung ist von Fr. Kruparz (Ueber den §. 469 b. G. B. und dessen rechtliche Folgen, in Anwendung auf vorkommende Rechtsfälle; Zeitschr. für österr.

[1]) Nippel (Erläut. Bd. 3, S. 539), Joh. Swoboda (Ueber die Erfordernisse löschungsfähiger Urkunden. Jurist, Bd. 13, S. 262) und Ed. von Strahl (in den Verh. und Mitthlg. der jurist. Gesellsch. in Laibach, Bd. 1, S. 392) behaupten, daß die Extabulations-Clausel kein nothwendiges Erforderniß einer löschungsfähigen Urkunde sei; uns scheint aber diese Ansicht mit dem österr. Tabular-Sisteme nicht im Einklange zu stehen (vgl. die §§. 435, 444 und 445). Daß diese Bewilligung nicht nothwendig ist, wenn auf Grundlage eines rechtskräftigen Erkenntnisses die Löschung begehrt wird, liegt am Tage. Die Frage: wie ein Hypothekarschuldner nach der im Executionswege geleisteten völligen Befriedigung seiner Hypothekarschuld die Extabulirung zu bewirken habe, wird von Dr. R. v. Minasiewicz (in der Zeitschr. für österr. Rechtsgel. 1845, I., S. 339) dahin beantwortet, daß dieß, ohne der Einwilligung des befriedigten Gläubigers oder eines summarischen Processes zu bedürfen, auf dem Grunde des über die Zahlungsverbindlichkeit erflossenen Urtheiles und der Quittung des Gerichtscommissärs oder des gerichtlichen Depositenamtes durch ein gewöhnliches Extabulationsgesuch geschehen könne. — Ist der Gläubiger gestorben, ohne eine Löschungserklärung abgegeben zu haben, so werden wohl die Erben desselben berufen sein, die bezügliche Urkunde auszustellen; allein es wird auf Grundlage derselben eine Löschung nur dann erwirkt werden können, wenn die bücherliche Uebertragung des fraglichen (zu löschenden) Rechtes an die gedachten Erben auf Grund der Einantwortung des Nachlasses stattgefunden hat, und sie im Grundbuche unmittelbar als Berechtigte erscheinen. Die dießfalls entstehenden Schwierigkeiten erörtert Dr. Ferd. Schuster in der Zeitschr. für das österr. Notariat J. 1862, Nr. 2.

Rechtsgel. 1826, II., S. 267), von Gspan (in seiner Abhandlung: Ueber die gesetzmäßige Befriedigung concurrirender Gläubiger; Bd. 1, S. 37) und von Dr. Lekisch (Ueber die Haftung einer Hypothek nach getilgter Schuld; Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1844, I., S. 157) dahin ausgelegt worden, daß die in dem gedachten §. ausgesprochene Haftung nur eine formelle sei, daß vielmehr das Hypothekarrecht mit der Tilgung der Schuld unbedingt aufhöre, und daß der Hypothekarbesitzer demnach sowohl dem (befriedigten) Gläubiger selbst, als seinen Erben, Geschenknehmern, Cessionaren oder jenen Personen, welche auf die noch nicht gelöschte Satzpost im Executionswege eine Superhypothek erlangt haben, die Einwendung der bereits geleisteten Zahlung entgegensetzen könne. Allein eine solche bloß formelle Haftung wäre eigentlich ein juristisches Unding. Der Gesetzgeber hätte dann, wie schon Winiwarter (bürg. Recht Bd. 2, S. 284) ganz richtig bemerkt hat, mit obigem Ausspruche nichts anderes gesagt, als was jedermann ohnehin weiß, „daß nämlich die Schuldurkunde, so lange sie nicht gelöscht ist, immer noch eingetragen bleibt", eine Bestimmung, die sich doch wohl schon von selbst versteht, die aber, in diesem Sinne aufgefaßt, sogar mit andern anerkannten Principien im Widerspruch träte, insbesondere mit dem §. 433 des b. G. B., welcher verfügt: „daß, wer die öffentlichen Bücher nicht einsieht, in allen Fällen für seine Nachlässigkeit leidet." Wie könnte dieser Grundsatz aufrecht bestehen, wenn nach der in Frage stehenden Auslegung die in dem öffentlichen Buche erscheinende Haftung nur eine rein formelle, keine wirkliche wäre? Was würde da die Einsicht des öffentlichen Buches nützen, wozu die Unterlassung derselben mit dem oben angedeuteten Rechtsnachtheile verknüpft sein? [1]) Die Anordnung des §. 469 ist vielmehr eine nothwendige Rechtsfolge der Oeffentlichkeit des Hypothekensistems, vermöge deren alles, was einmal in dem öffentlichen Buche eingetragen erscheint, so lange als bestehend anzusehen ist, und so lange die ihm nach den Civilgesetzen zukommenden rechtlichen Wirkungen hervorbringt, bis es gelöscht wird, gerade so, wie umgekehrt ein dingliches, gegen jedermann wirksames Recht auch erst durch die Eintragung in diese öffentlichen Bücher erworben wird [2]). Es liegt hier allerdings eine Fiction zu Grunde, welche aber durchaus nothwendig ist, wenn es nicht um alle Sicherheit des Verkehres, um alles Vertrauen auf die öffentlichen Bücher geschehen sein soll. Dasselbe Princip findet sich daher auch überall festgehalten, wo es sich um die Erlangung oder um die Aufhebung dinglicher Rechte handelt, wie aus den §§. 442, 443, 444, 454, 468, 526, 928, 1412, 1398, 1443, 1446, 1467, 1469 und 1500 unwiderleglich hervorgeht. Wenn es sich aber nun weiter frägt, worin die Wirkungen einer ungeachtet der Tilgung der Schuld noch aushaftenden Hypothekarpost bestehen, so muß man wohl zuvörderst das Rechtsverhältniß zwischen dem Pfandschuldner und dem Pfandgläubiger selbst von dem Rechtsverhältnisse zwischen dem Pfandschuldner und dritten Personen unterscheiden [3]). In der ersteren Beziehung, nämlich dem befriedigten Pfandgläubiger gegenüber, ist nach erfolgter Tilgung der Schuld auch die Hypothek ohne weiters als erloschen und wirkungslos anzusehen; weil hier das Princip der Oeffentlichkeit des Hypotheken-Institutes, welches nur das Verhältniß zu dritten Personen im Auge hat, gar nicht in Anwendung kömmt [4]). Wird aber auf dieses

---

[1]) S. Kopezky: Noch einen Beitrag zur Auslegung des §. 469 des b. G. B. über die Haftung einer Hypothek nach getilgter Schuld (Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1845, I., S. 41).

[2]) S. Kopezky: Ob und inwiefern das Hypothekarrecht nach dem §. 469 des österr. b. G. B. als ein selbständiges dingliches Recht anzusehen und zu behandeln sei? (Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1835, I., S. 287).

[3]) Dr. v. Wildner: Versuch einer Auslegung des §. 469 b. G. B. (Jurist, Bd. 1, S. 156 und ebd. Bd. 11, S. 316); J. Kompaß: Auch ein Wort über die Auslegung des §. 469 (Jurist, Bd. 8, S. 195); Kopezky, a. a. O. (Zeitschr. für österr. Rechtsgel. 1835, I., S. 287); Nippel, Erläut. B. 3, S. 528; Winiwarter, bürg. Recht Bd. 2, S. 283.

[4]) Hierüber ist auch Theorie und Praxis vollkommen einig. Wenn also, um bei dem von Kopezky gewählten, ganz zweckmäßigen Beispiele zu bleiben, A unter Verhypothecirung seines Hauses dem B aus einem Darlehen 1000 fl. schuldig geworden und zur Verfallzeit diese 1000 fl. gegen Ausstellung einer löschungsmäßigen Quittung gezahlt hat, ohne jedoch die Hypothek zu löschen, noch auch den Schuldschein sich zurückstellen zu lassen, und wenn nun B nach längerer Zeit, die ihm geleistete Zahlung vergessend, abermals jene 1000 fl. fordert, und sich auf die für ihn noch bestehende Hypothek und auf den in seinen Händen noch

letztere Rücksicht genommen, so tritt der Schluß des §. 469 in seiner vollen Wirksamkeit ein; denn für dritte Personen kann nur jenes maßgebend sein, was in dem öffentlichen Buche vorkömmt, nicht jenes, was unter den Contrahenten (im Geheimen) ausgemacht wurde. Dem dritten gegenüber wird also die Hypothek noch als bestehend angenommen, und der Hypothekarschuldner haftet aus derselben, ohne die bereits geschehene, aber in den öffentlichen Büchern nicht ersichtlich gemachte Tilgung der Schuld entgegensetzen zu können [1]). — Hierbei wird jedoch erfordert, a) daß sich der dritte in gutem Glauben befinde, und b) daß er einen selbständigen giltigen Anspruch habe, daß er aus eigenem Rechte einschreite. Für das erste Erforderniß spricht die Analogie aus den §§. 367 und 456, sowie der allgemeine Grundsatz, daß die Unredlichkeit durch das Gesetz nicht begünstigt werden könne. Derjenige also, der von dem wahren, wenngleich in dem öffentlichen Buche nicht eingetragenen Verhältniß erweislich Kenntniß hatte, wird sich nicht auf den Stand des letzteren berufen können [2]). In der zweiten Beziehung können Erben und Geschenknehmer nicht als selbständige dritte behandelt werden; wohl aber der Cessionar, der die noch nicht gelöschte Forderung in gutem Glauben und unter einem onerosen Titel an sich brachte. Dieser Ansicht scheinen zwar die §§. 442 und 1394 entgegenzustehen; allein mit Recht bemerkt Kopezky (a. a. O. S. 302), daß man, insofern es sich um die Aufhebung der Rechte und Verbindlichkeiten handelt, allerdings zwischen den persönlichen und dinglichen Rechten unterscheiden müsse; daß unser G. B. im III. Theile nur die allgemeinen Erlöschungsarten, die besonderen aber bei den verschiedenen Rechtsgeschäften nach ihrer Eigenthümlichkeit und mit Hinweisung auf die Rechtsfolgen der Oeffentlichkeit des Hypothekensistems angibt und erörtert, wie dieß in Ansehung der Compensation im §. 1443, in Ansehung der Confusion im §. 1446, in Ansehung der Verjährung in den §§. 1499, und 1500 geschieht. In gleicher Weise ist im §. 469 die Tilgung der Schuld zwar unter den Erlöschungsarten der Hypothek aufgeführt, aber nur insoweit als geeignet erklärt, die Aufhebung der Hypothek zu bewirken, als auch die Löschung aus dem öffentlichen Buche erfolgt. Ueberhaupt trifft den Hypothekarschuldner (den Cessus) immer eine Art Verschulden, wenn er nach geleisteter Zahlung die Löschung der Hypothek nicht erwirkte, und eben dadurch den redlichen Cessionar, welcher im Vertrauen auf die noch in dem öffentlichen Buche unverändert eingetragene Hypothek sich zur Uebernahme derselben bestimmt haben konnte, in Irrthum führte [3]). Anders ge-

---

befindlichen Schuldschein beruft, so wird ihm A unbezweifelt die Einwendung der bereits geleisteten Zahlung entgegensetzen und durch die erhaltene Quittung erweisen können. Es wird daher auch kein Urtheil auf Liquidhaltung der eingeklagten Forderung ergehen, und mithin kein weiterer Executionsschritt bewilliget werden können, wodurch sich ebenfalls die Unwirksamkeit der noch aushaftenden Hypothek herausstellt. (Wildner, a. a. O.)

[1]) Nehmen wir im obigen Falle an, daß C, ein Gläubiger des B, durch die executive Einverleibung seiner Forderung an denselben auf die noch aushaftende Satzpost eine Superhypothek erlangt, und nach erfolgter Einantwortung von dem Schuldner A die Zahlung begehrt, so kann A dem C weder die bereits dem B geleistete Zahlung mit Wirkung entgegensetzen, noch wegen Löschung der Hypothek und rücksichtlich Superhypothek selbst mit Erfolg eine Klage anstellen, da sich C mit Recht auf das öffentliche Buch berufen kann, in welchem die Forderung des B noch immer eingetragen erscheint und von der Zahlung keine Erwähnung gemacht ist. In diesem Sinne erfloß auch die Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 28. Jänner 1853, Z. 341 in der allg. österr. Ger. Ztg. J. 1853, Nr. 68 und jene vom 1. September 1858, Z. 8825 in Nr. 51 der Ger. Halle v. J. 1858 und in Glaser's und Unger's Sammlg. Nr. 611.

[2]) Deßhalb wurde in dem von Piwetz (in Schopf's Archiv, 1837, I., S. 340) dargestellten Rechtsfalle der Kläger abgewiesen, weil er aus den Licitationsbedingnissen erfahren hatte, daß die formell noch aushaftende Schuld bereits gezahlt war.

[3]) Die Richtigkeit dieser Ansicht wird durch eine Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 15. September 1858, Z. 10255 (Nr. 41 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1860 und Nr. 618 in Glaser's und Unger's Sammlg.), bestätigt. „Der §. 469 a. b. G. B. — heißt es in den Entscheidungsgründen — bestimmt, daß zur Aufhebung der Hypothek die Tilgung der Schuld allein nicht hinreiche, sondern das Hypothekargut so lange verhaftet bleibe, bis die Schuldurkunde aus den öffentlichen Büchern gelöscht ist. Hieraus folgt, daß, wenn ein dritter im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher eine Superintabulation oder Superpränotation auf der noch haftenden Hypothek erwirkt, er hierdurch das Pfandrecht wirklich erworben habe. Dieß gilt auch von dem Cessionar, wenn er eine zwar berichtigte, aber aus dem öffentlichen Buche noch nicht gelöschte Forderung redlicher Weise an sich bringt. Diesem steht nicht entgegen, daß §. 1394 des a. b. G. B. ausspricht, daß die Rechte des Ueberträgers und des Uebernehmers dieselben seien; denn sowohl durch diesen §. als durch die nachfolgenden §§. 1395 und 1396 sind lediglich die persönlichen Rechte und Verbindlichkeiten des Cedenten, Cessionars und Cessus bestimmt, während die dinglichen Rechte, welche für diese Personen aus der Hypothek entstehen, nur nach dem Hauptstücke über das Pfandrecht beurtheilt werden können.“ — Vgl. übrigens den Aufsatz von Dr. Ed. Sturm in Nr. 52 und 53 der allg. österr.

staltet sich natürlich die Sache, wenn der Cessionar noch vor der cessionsweisen Uebernahme der zwar berichtigten, aber in den öffentlichen Büchern noch eingetragenen Schuldpost von diesem Umstande in Kenntniß gesetzt wurde; denn er kann sich dann nicht mehr darauf berufen, daß er bloß im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher die fragliche Forderung erworben habe; er befindet sich vielmehr im unredlichen Glauben, wenn er wissentlich eine bereits getilgte Forderung an sich bringt[1]).

Auf denselben Grundsätzen beruht die Plenarentscheidung des obersten Gerichtshofes v. 18. Februar 1873, Z. 1523, nach welcher dem bücherlichen gutgläubigen Cessionar einer einverleibten Forderung die Einwendung der Zahlung nicht entgegengesetzt werden kann.

15. Eine andere Frage geht dahin, ob der Hypothekarschuldner selbst eine noch haftende Hypothek, ungeachtet der bereits erfolgten Tilgung der Forderung, dem früheren Hypothekargläubiger wieder für eine andere Schuld, oder einem neuen Gläubiger mit derselben Priorität, mit welcher sie in dem öffentlichen Buche erscheint, einräumen könne? Diese Frage wird von Winiwarter (bürgerl. Recht Bd. 2, S. 282) geradezu verneint, und behauptet, das Fortbestehen der nicht gelöschten Hypothek habe nur die Wirkung, daß, wenn die Schuld, für welche sie bestellt war, ganz oder zum Theile wieder auflebt, auch das Hypothekarrecht wieder wirksam werde. Dagegen hat Nippel (bei Darstellung eines Civilrechtsfalles in der Zeitschr. für österr. Rechtsgel. 1826, I., S. 145[2]), und später in seinen Erläut. Bd. 3, S. 534) die Ansicht vertheidigt, daß der Hypothekarschuldner die frühere, noch nicht gelöschte Hypothek für ein später gegebenes Darlehen allerdings wieder benützen könne. Dieser Meinung pflichtet auch Kopezky[3]) bei, jedoch mit der Modification, daß dieses nur dann zuläßig sei, wenn zwischen dem Gläubiger und Schuldner bei oder nach der Zahlung der hypothecirten Forderung das Uebereinkommen erweislich dahin getroffen wird, daß dem Schuldner die einstweilen bezahlte Forderung zu einer bestimmten Frist wieder als Darlehen unter der noch haftenden Hypothek, und in Gemäßheit der bestehenden Schuldurkunde gegeben werden solle, jedoch ohne eine Eintragung dieses Uebereinkommens in das öffentliche Buch[4]). Es ist dieß eine, lediglich das Verhältniß der Contrahenten unter einander berührende Verfügung, in welcher sie durch dritte Personen ebensowenig beirrt werden dürfen, als umgekehrt ein dritter in seinen Ansprüchen auf ein noch verhaftetes Hypothekargut durch heimliche, der Eintragung in dem öffentlichen Buche entgegenstehende Verabredungen zwischen Schuldner und Gläubiger beeinträchtigt werden kann. Kein Gesetz verpflichtet den Schuldner, nach getilgter Forderung die Löschung der

Ger. Ztg. v. J. 1855, über die Frage: „Ob dem Cessionar einer getilgten Hypothekarforderung die an den Cedenten geleistete Zahlung von dem Schuldner giltig eingewendet werden könne," worin die bejahende Beantwortung derselben vertheidiget wird.

[1]) S. die S. 74 in der Anmerkung 3 mitgetheilte Entschdg. des obersten Gerichtshofes.

[2]) P. war dem H. laut eines auf dem Hause des ersteren intabulirten Schuldscheines 8000 fl. schuldig, welche in halbjährigen Raten zu 1000 fl. zurückgezahlt werden sollten. Nachdem bereits 4000 fl. abgetragen waren, wurde zwischen P. und H. das Uebereinkommen getroffen, daß letzterer die geleisteten Ratenzahlungen als nicht geschehen betrachten, und die bezahlten 4000 fl. dem P. wieder nach Inhalt der bereits früher ausgestellten Schuldurkunde creditiren sollte, wornach P. die auf seinem Hause noch haftende Satzpost pr. 8000 fl. als voll anerkannte. Dieses Uebereinkommen wurde auf die Satzpost des H. per juxta einverleibt, jedoch zu einer Zeit, als bereits ein Gläubiger D. die Einverleibung einer Forderung von 7000 fl. auf dem nämlichen Hause des P. erwirkt hatte. D. bestritt nun die Giltigkeit der Hypothek für das neue Darlehen pr. 4000 fl. und beanspruchte die Priorität für seine Forderung von 7000 fl., welche auch vom Gerichte anerkannt wurde.

[3]) Die Berechtigung des Hypothekarschuldners, bei oder nach der Zahlung der Forderung über die nicht gelöschte Hypothek zu verfügen (Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1846, I., S. 185).

[4]) Kopezky hält eine solche Eintragung, wie sie in dem oben angeführten Rechtsfalle stattgefunden hatte, für unzuläßig, weil dann an einer und derselben Stelle im öffentlichen Buche zwei verschiedene Forderungen haften würden, nämlich die alte, bereits bezahlte, und die neue, später erst contrahirte. Auch Winiwarter (bürg. Recht Bd. 2, S. 283) spricht sich gegen eine solche Eintragung aus, denn in derselben läge einerseits das Geständniß, daß die zu übertragende Hypothek durch Zahlung der Schuld, für welche sie haftete, bereits erloschen sei, während sie anderseits als noch bestehend angenommen, und eine neue Forderung darauf angewiesen würde. Minder stichhältig scheint der von beiden Schriftstellern weiters angeführte Grund zu sein, daß durch die Tilgung der Schuld die postlocirten Gläubiger schon ein Recht auf Vorrückung in eine bessere Rangstufe erworben haben, das ihnen nicht mehr verkümmert werden dürfe. Wir finden einen solchen Anspruch nirgends begründet. Der intabulirte Gläubiger hat eben nur ein Recht auf jenen Vorzug, welcher ihm nach der Ordnung der Eintragung gebührt; rückt er auch im Falle der Löschung einer ihm vorangehenden Forderung nach der Ordnung des Eintrages vor, so ist dieß nur eine Folge des Umstandes, daß das ganze Object den intabulirten Gläubigern zur Sicherheit dient, nicht aber ein besonderes Recht (vgl. Unger, a. a. O. S. 249); es besteht für ihn nur die Hoffnung auf eine Verbesserung seiner Priorität, die aber immerhin unerfüllt bleiben kann.

Schuldurkunde aus dem öffentlichen Buche zu bewirken. Will er sich der durch die fortdauernde Haftung des Hypothekargutes nach §. 469 begründeten Rechtsfolge der Oeffentlichkeit in Ansehung dritter Personen unterwerfen, so hat niemand etwas dagegen einzuwenden, zumal eben in dem Tabularstande gar keine Veränderung herbeigeführt wird, und die postlocirten Gläubiger sich dadurch ebensowenig verletzt fühlen können, als wenn der Gläubiger dem Schuldner eine Verlängerung der Zahlungsfrist zugestanden, oder seine Forderung einem dritten abgetreten hätte. Aber auch einem neuen Gläubiger kann der Schuldner die noch nicht gelöschte Hypothek in der Rangordnung, in welcher sie aushaftet, einräumen. Freilich kann dieß nicht unmittelbar geschehen, denn zur Uebertragung einer Forderung ist vor allem nothwendig, daß sie auf den Namen desjenigen eingetragen sei, von dem sie an einen andern abgetreten werden soll (§. 432). Immerhin kann sich aber der Schuldner für die von ihm zu zahlende Forderung von dem Gläubiger eine Cession statt der Quittung ausstellen lassen, und sohin die eingelöste Forderung sammt der dafür noch aushaftenden Hypothek einem dritten cediren[1]). Gegen diese Verfahrungsweise wird häufig eingewendet, daß der Schuldner durch die Bezahlung zwar von seiner Verbindlichkeit befreit werde, aber kein neues Recht erlange; daß durch die Cession der bezahlten Forderung an den Schuldner eine Consolidation vor sich gehe, zufolge welcher die eingelöste Forderung nicht weiter übertragen werden kann[2]), und daß das Hfd. vom 22. April 1825, Nr. 2090 der J. G. S., wornach eine dem Schuldner von dem Gläubiger erlassene Forderung kein Gegenstand einer Cession sein kann, auch hier eine analoge Anwendung finden müsse. Allein die an der Stelle der einfachen Zahlung stattfindende Cession begründet für den Schuldner als Cessionar allerdings ein neues Recht, nämlich das Recht, über die noch aushaftende Hypothek weiter zu verfügen; auch von der Erlöschung der Vereinigung kann keine Rede sein, da der §. 1446 ausdrücklich das Gegentheil verfügt, und das Hfd. vom 22. April 1825, das von einem ganz anderen Falle handelt, ist auf den Gegenstand der Frage nicht anwendbar.

§. 470.

Vom Vorzugsrechte der Pfandgläubiger.

Die Vorzugsrechte der Gläubiger bei dem Ausbruche eines Concurses bestimmt das Verfahren in Concurs-Fällen.

Die Bestimmung der Vorzugsrechte in Concursfällen gehört eigentlich wohl in das materielle Recht, wurde aber durch die österr. Gesetzgebung in die Vorschriften über das Verfahren in Concursfällen verwiesen. Die betreffenden Bestimmungen finden sich in den §§. 26—48 der Concursordnung v. 25. December 1868, Nr. 1 des R. G. Bl. für 1869.

§. 471.

Von dem Retentions-Rechte.

Weder der Pfandnehmer, noch irgend ein anderer Inhaber einer fremden Sache ist nach Erlöschung des ihm eingeräumten Rechtes befugt, dieselbe aus dem Grunde einer Forderung zurück zu behalten. Er kann aber, wenn die in der Gerichtsordnung bestimmten Erfordernisse eintreten, und die Sache beweglich ist, sie in gerichtliche Verwahrung geben und mit Verbot belegen, oder, wenn sie unbeweglich ist, die Sequestration derselben ansuchen.

Nach römischem Rechte stand dem Pfandgläubiger die Befugniß zu, dem

---

[1]) S. Kopezky in dem o. a. Aufsatze über das jus offerendi (Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1834, II., S. 21) und in dem Aufsatze über das Verfügungsrecht des Hypothekarschuldners (ebd. 1846, I., S. 195). — Dieß ist selbst dann noch zulässig, wenn über die erfolgte Zahlung bereits eine Quittung ausgestellt, die bezahlte Schuldpost aber noch nicht aus dem öffentlichen Buche gelöscht worden war, und letztere später im Wege der Cession an einen andern übertragen wird. S. die Entschdg. des obersten Gerichtshofes vom 24. Februar 1863, Z. 942 in Nr. 62 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1863.

[2]) Vgl. den von Dr. Schuller dargestellten Rechtsfall über die Wirksamkeit des §. 469 b. G. B. im Falle einer ungeachtet der schon erfolgten Tilgung der Schuld noch forthaftenden Hypothek (in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1840, II., S. 26).

Schuldner, der nach erfolgter Tilgung der Schuld die Herausgabe des Pfandes forderte, wegen einer sonstigen auch nicht connexen Forderung die exceptio doli entgegenzusetzen, welches Recht mit dem Namen des Retentionsrechtes bezeichnet zu werden pflegt; unser a. b. G. B. hat jedoch dieses Recht, welches noch im §. 250 des II. Thls. des gal. G. B. aufrecht erhalten wurde, nicht anerkannt[1]), da es, wie Zeiller (Comment. Bd. 2, S. 285) bemerkt, leicht zu Mißbräuchen führt; da es ferner hart ist, daß der Eigenthümer wegen einer an ihn gemachten, noch unausgewiesenen Forderung, die oft bei demselben in gar keiner Gefahr steht, den Besitz und Genuß seiner Sache entbehren soll, und da endlich dem Inhaber, dafern er wirklich Gefahr läuft, von der Gerichts-Ordnung andere Mittel der Sicherstellung geboten werden, und zwar in den §§. 283—297 der a., §§. 374—395 der gal. und §§. 364—384 der ital. G. O.

Nach dem gegenwärtigen Stande der Gesetzgebung besteht ein Retentionsrecht:

1. Bei Handelsgeschäften überhaupt nach folgenden Bestimmungen des Handelsgesetzbuches:

Art. 313. Ein Kaufmann hat wegen der fälligen Forderungen, welche ihm gegen einen andern Kaufmann aus den zwischen ihnen geschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäften zustehen, ein Zurückbehaltungsrecht (Retentionsrecht) an allen beweglichen Sachen und Werthpapieren des Schuldners, welche mit dessen Willen auf Grund von Handelsgeschäften in seinen Besitz gekommen sind, sofern er dieselben noch in seinem Gewahrsam hat, oder sonst, insbesondere vermittelst Connossemente, Ladescheine oder Lagerscheine, noch in der Lage ist, darüber zu verfügen. — Dieses Recht tritt jedoch nicht ein, wenn die Zurückbehaltung der Gegenstände der von dem Schuldner vor oder bei der Uebergabe ertheilten Vorschrift oder der von dem Gläubiger übernommenen Verpflichtung, in einer bestimmten Weise mit den Gegenständen zu verfahren, widerstreiten würde.

Art. 314. Das in dem vorhergehenden Artikel bezeichnete Zurückbehaltungsrecht besteht unter den dort angegebenen Voraussetzungen selbst wegen der nicht fälligen Forderungen: 1. wenn über das Vermögen des Schuldners der Concurs eröffnet worden ist, oder der Schuldner auch nur seine Zahlungen eingestellt hat; 2. wenn eine Execution in das Vermögen des Schuldners fruchtlos vollstreckt oder wider denselben wegen Nichterfüllung einer Zahlungsverbindlichkeit die Vollstreckung des Personalarrestes erwirkt worden ist. — In diesen Fällen steht auch die Vorschrift des Schuldners oder die Uebernahme der Verpflichtung, in einer bestimmten Weise mit den Gegenständen zu verfahren, dem Zurückbehaltungsrecht nicht entgegen, sofern die vorstehend unter 1 und 2 bezeichneten Umstände erst nach Uebergabe der Gegenstände oder nach Uebernahme der Verpflichtung eingetreten oder dem Gläubiger bekannt geworden sind.

Art. 315. Der Gläubiger, welchem das Zurückbehaltungsrecht nach den Artikeln 313 oder 314 zusteht, ist verpflichtet, von der Ausübung desselben den Schuldner ohne Verzug zu benachrichtigen. Er ist befugt, wenn ihn dieser nicht rechtzeitig in anderer Weise sichert, im Wege der Klage bei dem für ihn selbst zuständigen Gerichte gegen den Schuldner den Verkauf der Gegenstände zu beantragen; er kann sich aus dem Erlöse vor den anderen Gläubigern des Schuldners befriedigen. Der Gläubiger hat diese Rechte auch gegenüber der Concursmasse des Schuldners.

Art. 316. Die in den Artikeln 313 bis 315 dem Gläubiger gegebenen Rechte treten nicht ein, soweit die Parteien dieß besonders vereinbart haben.

2. Im Commissionsgeschäfte, worüber das Handelsgesetz anordnet:

Art. 374. Der Commissionär hat an dem Commissionsgute, sofern er dasselbe noch in seinem Gewahrsam hat, oder sonst, insbesondere mittelst der Connossemente, Ladescheine oder Lagerscheine, noch in der Lage ist, darüber zu verfügen, ein Pfandrecht wegen der auf das Gut verwendeten Kosten, wegen der Provision, wegen der rücksichtlich des Gutes gegebenen Vorschüsse und Darlehen, wegen der rücksichtlich desselben gezeichneten Wechsel oder in anderer Weise eingegangenen Verbindlichkeiten, sowie wegen aller Forderungen aus laufender Rechnung in Commissionsgeschäften. — Der Commissionär kann sich für die vorstehend erwähnten An-

---

[1]) In diesem Sinne verfügt auch das Hfkmrd. v. 10. Jänner 1827 (pol. G. S. Bd. 55, S. 5): Daß die Dienstes-Cautionen der Beamten nicht bloß für die Regelmäßigkeit einzelner Diensteshandlungen, oder einer gewissen Gattung derselben, sondern für alle aus dem Verhältnisse des öffentlichen Dienstes und der gesammten Gestion der Beamten entspringenden Forderungen des Aerariums einzustehen haben, und daher auch zur Deckung aller dieser nach Maßgabe der hierüber bestehenden besonderen Vorschriften zu verwenden sind. Was dagegen jene Forderungen der Staatsverwaltung an ihre Beamten betrifft, welche aus rein privatrechtlichen Titeln hervorgehen, als da sind: Besoldungs-Vorschüsse, Contracts-Forderungen u. s. w., so können die Dienstes-Cautions-Beträge zu ihrer Tilgung nicht zurückbehalten werden, und dem Aerarium steht in dieser Beziehung kein weiteres Recht, als auf jedes andere Eigenthum der Beamten zu, welches daher auch nur im ordentlichen Rechtswege geltend gemacht werden kann.

sprüche aus den durch das Commissionsgeschäft begründeten und noch ausstehenden Forderungen vorzugsweise vor dem Committenten und dessen Gläubigern befriedigen.

Art. 375. Ist der Committent in Erfüllung der in dem vorigen Artikel bezeichneten Verpflichtungen gegen den Commissionär im Verzuge, so ist der letztere berechtiget, sich unter Beobachtung der Vorschriften des Art. 310 aus dem Commissionsgute bezahlt zu machen; er hat dieses Recht auch gegenüber den übrigen Gläubigern und der Concursmasse des Committenten.

3. Im Speditionsgeschäfte nach Art. 382 des Handelsgesetzbuches, welcher lautet: Der Spediteur hat wegen der Fracht, der Provision, der Auslagen, Kosten und Verwendungen und wegen der dem Versender auf das Gut geleisteten Vorschüsse ein Pfandrecht an dem Gute, sofern er dasselbe noch in seinem Gewahrsam hat oder in der Lage ist, darüber zu verfügen. — Er kann dieses Recht auch gegenüber den übrigen Gläubigern und der Concursmasse des Eigenthümers geltend machen. — Bedient sich der Spediteur eines Zwischenspediteurs, so hat der letztere zugleich die seinem Vormanne zustehenden Rechte, insbesondere dessen Pfandrecht, auszuüben. — Soweit der Vormann wegen seiner Forderung durch Nachnahme von dem Nachmanne befriedigt ist, geht die Forderung und das Pfandrecht des Vormannes von Rechtswegen auf den Nachmann über. Dasselbe gilt in Bezug auf die Forderung und das Pfandrecht des Frachtführers, wenn und insoweit der letztere von dem Zwischenspediteur befriedigt ist.

4. Im Frachtgeschäfte nach folgenden Bestimmungen des Handelsgesetzes:

Art. 409. Der Frachtführer hat wegen aller durch den Frachtvertrag begründeten Forderungen, insbesondere der Fracht- und Liegegelder, sowie wegen der Zollgelder und anderer Auslagen ein Pfandrecht an dem Frachtgute. Dieses Pfandrecht besteht, so lange das Gut zurückbehalten, oder niedergelegt ist; es dauert auch nach der Ablieferung noch fort, insofern der Frachtführer es binnen drei Tagen nach der Ablieferung gerichtlich geltend macht, und das Gut noch bei dem Empfänger oder bei einem dritten sich befindet, welcher es für den Empfänger besitzt. — Er kann zu seiner Befriedigung den Verkauf des Gutes oder eines Theiles desselben veranlassen (Art. 407). — Er hat dieses Recht auch gegenüber den übrigen Gläubigern und der Concursmasse des Eigenthümers.

Art. 410. Geht das Gut durch die Hände mehrerer Frachtführer, so hat der letzte bei der Ablieferung, sofern nicht der Frachtbrief das Gegentheil bestimmt, auch die aus dem Frachtbriefe sich ergebenden Forderungen der vorhergehenden einzuziehen und deren Rechte, insbesondere auch das Pfandrecht, auszuüben. — Der vorhergehende Frachtführer, welcher von dem nachfolgenden befriedigt ist, überträgt auf diesen von Rechtswegen seine Forderung und sein Pfandrecht. — In gleicher Art wird die Forderung und das Pfandrecht des Spediteurs auf den nachfolgenden Spediteur und den Frachtführer übertragen. — Das Pfandrecht der Vormänner besteht so lange, als das Pfandrecht des letzten Frachtführers.

Art. 411. Wenn auf demselben Gute zwei oder mehrere gemäß den Art. 374, 382 und 409 begründete Pfandrechte bestehen, so geht unter denjenigen Pfandrechten, welche durch die Versendung oder durch den Transport des Gutes entstanden sind, das später entstandene dem früher entstandenen vor; diese Pfandrechte haben sämmtlich den Vorrang vor dem Pfandrechte des Commissionärs und vor dem Pfandrechte des Spediteurs für Vorschüsse; unter den letzteren Pfandrechten geht das früher entstandene dem später entstandenen vor.

Art. 412. Wenn der Frachtführer das Gut ohne Bezahlung abliefert und das Pfandrecht nicht binnen drei Tagen nach der Ablieferung gerichtlich geltend macht, so wird er, sowie die vorhergehenden Frachtführer und die Spediteure, des Rückgriffes gegen die Vormänner verlustig. Der Anspruch gegen den Empfänger bleibt in Kraft.

Hierzu bestimmt der §. 44 des Einführungsgesetzes zum Handelsgesetzbuche: Das Recht aus dem kaufmännischen Faustpfande, das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht und das gesetzliche Pfandrecht des Commissionärs, Spediteurs und Frachtführers am Commissions-, Speditions- und Frachtgute, wovon die Art. 309—311, 313—315, 374 und 375, 382 und 409 bis 411 des Handelsgesetzbuches handeln, können im Falle des Concurses in jener Weise und mit derselben Wirkung wie außerhalb desselben gegen den Schuldner geltend gemacht werden. Es ist jedoch auch die Vertretung der Concursmasse von denjenigen Schritten in Kenntniß zu setzen, von welchen nach dem Handelsgesetzbuche der Schuldner zu benachrichtigen ist.

5. Jenen Anstalten, welche unter Beaufsichtigung des Staates statutenmäßig Creditgeschäfte betreiben, steht ein Retentionsrecht zu, an beweglichen Sachen und Werthpapieren ihres Schuldners, in deren Innehabung sie durch ein nach den Statuten zulässiges Geschäft gekommen sind, auch wenn der Schuldner kein Kaufmann und die Forderung nicht aus einem Handelsgeschäfte entstanden ist (Min. Vdg. v. 28. Oct. 1865, Nr. 110 R. G. Bl., Art. III).

6. Die Advokaten sind berechtigt, von den für ihre Partei an sie eingegangenen Barschaften die Summe ihrer Auslagen und ihres Verdienstes, insoweit sie durch erhaltene Vorschüsse nicht gedeckt sind, in Abzug zu bringen (Adv. Odg. v. 6. Juli 1868, Nr. 96 R. G. Bl., §. 19).

Siebentes Hauptstück.

Von Dienstbarkeiten. (Servituten)[1].

§. 472.

Begriff des Rechtes der Dienstbarkeit.

Durch das Recht der Dienstbarkeit wird ein Eigenthümer verbunden, zum Vortheile eines Anderen in Rücksicht seiner Sache etwas zu dulden oder zu unterlassen. Es ist ein dingliches, gegen jeden Besitzer der dienstbaren Sache wirksames Recht.

1. Der Eigenthümer hat das Recht, mit der Substanz und den Nutzungen seiner Sache nach Willkür zu schalten, und jeden andern davon auszuschließen (§§. 354, 362 und 366); wird nun dieses Recht in der Art beschränkt, daß der Eigenthümer verbunden ist, zum Vortheile eines andern entweder etwas zu unterlassen, was er sonst zu thun befugt wäre (z. B. ein Stockwerk auf sein Haus aufzusetzen), oder etwas zu dulden, was er sonst zu untersagen das Recht hätte (z. B. die Beweidung seiner Felder durch fremdes Vieh), so entsteht eine Dienstbarkeit (servitus), indem die betreffende Sache dem Vortheile eines andern dienstbar wird[2]). Der Ausdruck Dienstbarkeit bezeichnet also eigentlich eine Last, eine Beschränkung des Eigenthums; er wird aber häufig auch für das gegenüber stehende Recht genommen, und bedeutet dann die Befugniß, eine fremde Sache zu seinem Vortheile zu benützen, dergestalt, daß der Eigenthümer in Rücksicht derselben etwas zu dulden oder zu unterlassen verpflichtet wird.

2. Zum Wesen des Rechtes der Dienstbarkeit gehört, daß dasselbe als ein dingliches, gegen jeden Besitzer der dienstbaren Sache wirksames Recht (§. 307) erscheine; wird daher eine Begünstigung, die ordentlicher Weise eine Servitut ist (z. B. das Weiderecht), nur auf Widerrufen zugestanden (§. 479), so ist keine wahre Dienstbarkeit, sondern nur eine sog. Scheinservitut (vgl. die Randrubrik des §. 479) vorhanden.

3. Das Recht der Dienstbarkeit setzt ferner stets eine fremde Sache voraus, an der es geübt wird, da man seine eigene Sache ohnehin schon kraft des Eigenthumsrechtes nach Willkür benützen oder unbenützt lassen kann (§. 362)[3]). Deßhalb erlischt auch das Recht der Servitut durch Vereinigung, wenn der Dienstbarkeitsberechtigte Eigenthümer der dienstbaren Sache wird (§§. 526 und 1445), doch bringt das Institut der öffentlichen Bücher auch hier wieder eine bei der Lehre vom Pfandrechte (§. 469) ebenfalls eintretende Ausnahme mit sich, vermöge welcher nämlich Rechte und Verbindlichkeiten, welche den öffentlichen Büchern einverleibt sind, durch Vereinigung in einer Person nicht aufgehoben werden, bis die Löschung aus den öffentlichen Büchern erfolgt ist, so daß, wenn die dienstbare Sache wieder veräußert wird, ohne daß inzwischen in den öffentlichen Büchern die Dienstbarkeit gelöscht worden, das Servitutsrecht wieder auflebt (§. 526). Bei gemeinschaftlichen Sachen kann ein Miteigenthümer in dem Antheile des andern allerdings eine Dienstbarkeit besitzen[4]), und ebenso kann die gemeinschaftliche Sache der einem

---

[1]) S. Schuster (Dr. Mich.): Ueber das Baurecht, Verbietungsrecht, den Gebrauch und Nichtgebrauch der Dienstbarkeiten, dann über die einzelnen Gattungen, Ersitzung und Verjährung derselben. Prag, 1819. — Dr. Leo Nagel, Beitrag zur Lehre von den Grunddienstbarkeiten nach österr. Rechte in der Zeitschr. für Gesetzkunde und Rechtspflege, J. 1860, Nr. 15 ff. — Carcano (Fr. M.): Delle servitù legali. Milano, 1822 e 1836. — Reale (Ag.): Principj intorno alle servitù secondo la legislazione austriaca. Pavia, 1831. — Castelli (G. A.): Delle servitù fondiarie. Milano, 1833. — Le servitù prediali secondo il Cod. civ. unis. austr. Milano, 1831. — Questioni diverse sulle servitù prediali. Milano, 1840. — Delle servitù personali secondo il Cod. civ. univ. austr. Milano, 1826. — Piccoli (L.): Le servitù fondiarie geometricalmente dimostrate. Milano, 1823.

[2]) Sie heißt deßhalb auch im Gesetze die „dienstbare Sache."

[3]) Vgl. die Entschdg. des obersten Gerichtshofes vom 27. December 1855, Z. 11765 in Nr. 144 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1858.

[4]) S. Winiwarter, bürg. Recht Bd. 2, S. 290.

Miteigenthümer allein gehörigen, oder umgekehrt, dienstbar sein. Dagegen kann auch nach österr. Rechte eine Dienstbarkeit auf eine andere Dienstbarkeit nicht erworben werden, weil der §. 472 ausdrücklich bestimmt, daß durch das Recht der Dienstbarkeit ein Eigenthümer verbunden wird, zum Vortheile eines andern in Rücksicht seiner Sache etwas zu dulden oder zu unterlassen [1]).

4. Hierin allein kann nun auch die Verpflichtung des Eigenthümers bestehen, nicht aber in einem Thun oder Geben (z. B. in der Leistung gewisser Dienste oder in der Entrichtung bestimmter Abgaben), da dieß über den Begriff einer bloßen Beschränkung des Eigenthums hinausgehen würde (§. 482) [2]).

5. Die Dienstbarkeit muß dem Berechtigten zu irgend einem Vortheile gereichen; doch braucht dieser gerade nicht in einem wirklichen Zuwachse zu dem Vermögen des Erwerbenden zu bestehen, noch in dem Zeitpunkte der Bestellung bereits vorhanden zu sein. Als vortheilhaft kann, wie Schuster a. a. O. S. 116 bemerkt, auch dasjenige angesehen werden, was zu unserer Bequemlichkeit, zur Verschönerung, zum Vergnügen, zur Geisteserholung, zur Befriedigung unseres Kunstsinnes, ja selbst was immer für einer, wenngleich noch so eingebildeten, folglich nur in unserer Vorstellung gegründeten Vorzüglichkeit, oder zur Nahrung unserer Schwärmerei dient. Sollte aber die bestellte Dienstbarkeit dem Berechtigten wirklich gar keinen Vortheil gewähren, so dürfte sie nicht als rechtsgiltig betrachtet werden können; wohl wird dieß in vielen Fällen zu beweisen schwierig sein; allein bei genauer Erwägung aller Umstände läßt sich denn doch erwarten, daß es dem Richter nicht an einem ausreichenden Erkennungszeichen mangeln werde, um darauf seinen Ausspruch zu gründen [3]).

6. Da endlich nach §. 878 alles was nicht geleistet werden kann, was geradezu unmöglich oder unerlaubt ist, kein Gegenstand eines giltigen Vertrages sein kann, so wird auch eine Dienstbarkeit nicht giltig bestellt werden können, wenn entweder die Ausübung derselben (z. B. wegen der Entfernung zweier Grundstücke) physisch unmöglich ist, oder wenn die Gewährung des fraglichen Rechtes durch die Gesetze als verboten erscheint [4]); z. B. wenn durch die zugestandene Ausübung des Weiderechtes der vermöge der Forstgesetze geordnete Wirthschaftsbetrieb verhindert oder erschwert werden sollte (§. 501), wobei jedoch allerdings der Grundsatz des §. 882 angewendet werden müßte, daß, wenn unmögliche und mögliche Dinge zugleich versprochen worden sind, die möglichen erfüllt werden müssen, wenn anders nicht die ausdrückliche Bedingung gemacht wurde, daß kein Punkt des Vertrages von dem andern abgesondert werden könne.

§. 473.

Eintheilung der Dienstbarkeiten in Grunddienstbarkeiten und persönliche;

Wird das Recht der Dienstbarkeit mit dem Besitze eines Grundstückes zu dessen vortheilhafteren oder bequemeren Benützung verknüpft, so entsteht eine Grunddienstbarkeit; außer dem ist die Dienstbarkeit persönlich.

§. 474.

in Feld- und Haus-Servituten.

Grunddienstbarkeiten setzen zwei Grundbesitzer voraus, deren Einem als Verpflichteten das dienstbare; dem Anderen als Berechtigten das herrschende Gut gehört. Das herrschende Grundstück ist entweder zur Landwirthschaft oder zu einem anderen Gebrauche bestimmt; daher unterscheidet man auch die Feld- und Haus-Servituten.

---

[1]) Die Bestellung einer Dienstbarkeit auf eine andere Dienstbarkeit wäre im Grunde nur eine Uebertragung der Dienstbarkeit, die nach §. 485 nicht zuläßig ist.

[2]) Die sog. Reallasten (I. Bd. S. 445) haben zwar manche Aehnlichkeit mit den Dienstbarkeiten, sind aber dennoch, auch nach österr. Rechte, wohl von denselben zu unterscheiden.

[3]) Schuster meint hier (a. a. O. S. 124) zwischen bejahenden und verneinenden Dienstbarkeiten (s. unten) unterscheiden zu müssen, und glaubt, daß bei ersteren kein Kriterium denkbar sei, um sie als nutzlos zu erklären; doch scheint dieß denn doch nicht immer der Fall zu sein.

[4]) S. Schuster, a. a. O. S. 158.

1. Das Recht der Dienstbarkeit ist, wie bereits oben (S. 79) bemerkt wurde, seinem Begriffe nach ein dingliches Recht, welches gegen jeden Besitzer der dienstbaren Sache ausgeübt werden kann; in Ansehung des berechtigten Subjectes aber läßt sich unterscheiden, ob dasselbe jemandem für seine Person eingeräumt, oder mit dem Besitze einer Sache (eines Grundstückes nach §. 473), zu deren vortheilhafteren oder bequemeren Benützung verknüpft sei. Hiernach theilen sich die Dienstbarkeiten in persönliche (servitutes personales, servitutes personarum) und in Grund-Dienstbarkeiten (servitutes reales s. praediales, servitutes rerum s. praediorum, auch servitutes schlechtweg genannt) [1]). Bei den ersteren wird mehr auf den Vortheil einer bestimmten Person gesehen, auf deren Lebensdauer sie daher auch in der Regel eingeschränkt sind (§. 529); bei Bestellung der letzteren hat man die bessere Benützung einer Sache im Auge, mit der sie als Zugehör (§. 298) verbunden werden, so daß der jeweilige Besitzer derselben sie auszuüben berechtigt erscheint; die Sache, mit der sie verknüpft sind, wird sohin das herrschende Gut (praedium dominans) genannt.

2. Die Grunddienstbarkeiten gehen,

a) wie eben bemerkt wurde, auf jeden Besitzer des herrschenden Gutes über, sind also an sich immerwährend, dürfen aber nicht eigenmächtig auf eine andere Sache oder Person übertragen werden (§. 485).

b) Sie müssen ferner dem herrschenden Grundstücke einen Vortheil gewähren (§§. 472 und 473), mag dieser in einem wirklichen Vermögenszuwachse (z. B. bei dem Rechte, Holz zu fällen, Steine zu brechen u. s. w.) oder in einer bloßen Annehmlichkeit (z. B. bei dem Rechte der Aussicht), oder in der erhöhten Bequemlichkeit der Benützung (§. 473, z. B. bei dem Rechte des Fußsteiges) bestehen.

c) Hieraus folgt der Natur der Sache nach, daß das herrschende und dienende Gut sich in einer solchen Lage befinden müssen, daß die Ausübung der Dienstbarkeit möglich wird, z. B. bei dem Rechte, eine Last seines Gebäudes auf ein fremdes Gut zu setzen, oder einen Balken in eine fremde Wand einzufügen.

3. Eine Unterabtheilung der Grunddienstbarkeiten ist jene in Feld- und Haus-Servituten, welche sich nach §. 474 darauf gründet, ob das herrschende Grundstück zur Landwirthschaft oder zu einem andern Gebrauche bestimmt ist; doch knüpfen sich an diese Eintheilung, die jener des römischen Rechtes in servitutes praediorum urbanorum und servitutes praediorum rusticorum nachgebildet ist, keine praktisch wichtigen Folgen.

4. Außer den genannten lassen sich noch einige andere Eintheilungen der Dienstbarkeiten hervorheben, welche zwar in unserem G. B. nicht insbesondere aufgeführt, demselben aber dennoch nicht fremd sind; und zwar: a) in bejahende und verneinende Dienstbarkeiten (servitutes affirmativae et negativae), je nachdem der Berechtigte befugt wird, etwas in der Sache des Verpflichteten vorzunehmen, was dieser dulden muß (z. B. die Dachtraufe auf seinen Grund zu leiten; §§. 475 und 477), oder der Besitzer des dienstbaren Gutes verpflichtet wird, etwas zu unterlassen, was ihm sonst zu thun frei stand (z. B. sein Haus zu erhöhen; §. 476); b) in Dienstbarkeiten von ununterbrochener und unterbrochener Ausübung (servitutes continuae et discontinuae), je nachdem sie entweder in einem ununterbrochen dauernden Zustande (wie z. B. die Last seines Gebäudes auf ein fremdes Gebäude zu setzen), oder in einzelnen, dem Berechtigten zustehenden Handlungen (z. B. bei dem Rechte, Wasser zu schöpfen) bestehen [2]); c) in offene und verborgene Dienstbarkeiten, je nachdem die Belastung schon durch den Zustand der dienstbaren Sache für jedermann erkennbar ist (z. B.

---

[1]) Minder gebräuchlich sind die Ausdrücke: Realdienstbarkeiten, dingliche Dienstbarkeiten, da sie leicht zu Mißverständnissen Anlaß geben.

[2]) Diese Eintheilung ist besonders bei der Verjährung der Dienstbarkeiten durch Nichtgebrauch von Wichtigkeit (vgl. §. 1488).

bei der Einfügung eines Balkens in eine fremde Wand) oder nicht (wie bei allen verneinenden Servituten); d) endlich in Haupt- und Neben-Dienstbarkeiten, von denen die letzteren nur zur Ausübung der ersteren dienen; wie z. B. nach §. 496 mit dem Rechte, fremdes Wasser zu schöpfen (als der Haupt-Servitut), auch der Zugang zu demselben (als Neben-Servitut) gestattet erscheint. Verschieden hiervon ist der Fall, wenn eine Dienstbarkeit auf verschiedene beliebige Arten ausgeübt werden kann (z. B. das Recht des Fußsteiges nach §. 492)[1]).

§. 475.

Gewöhnlichere Arten: a) der Haus-Servituten;

Die Haus-Servituten sind gewöhnlich: 1) Das Recht, eine Last seines Gebäudes auf ein fremdes Gebäude zu setzen; 2) Einen Balken oder Sparren in eine fremde Wand einzufügen; 3) Ein Fenster in der fremden Wand zu öffnen; es sei des Lichtes oder der Aussicht wegen; 4) Ein Dach oder einen Aerker über des Nachbars Luftraum zu bauen; 5) Den Rauch durch des Nachbars Schornstein zu führen; 6) Die Dachtraufe auf fremden Grund zu leiten; 7) Flüssigkeiten auf des Nachbars Grund zu gießen oder durchzuführen. Durch diese und ähnliche Haus-Servituten wird ein Hausbesitzer befugt, etwas auf dem Grunde seines Nachbarn vorzunehmen, was dieser dulden muß.

§. 476.

Durch andere Haus-Servituten wird der Besitzer des dienstbaren Grundes verpflichtet, etwas zu unterlassen, was ihm sonst zu thun frei stand. Dergleichen sind: 8) Sein Haus nicht zu erhöhen; 9) Es nicht niedriger zu machen; 10) Dem herrschenden Gebäude Licht und Luft; 11) Oder Aussicht nicht zu benehmen; 12) Die Dachtraufe seines Hauses von dem Grunde des Nachbars, dem sie zur Bewässerung seines Gartens oder zur Füllung seiner Cisterne, oder auf eine andere Art nützlich sein kann, nicht abzuleiten.

§. 477.

[Gewöhnliche Arten] b) der Feld-Servituten;

Die vorzüglichsten Feld-Servituten sind: 1) Das Recht einen Fußsteig, Viehtrieb oder Fahrweg auf fremdem Grunde und Boden zu halten; 2) Das Wasser zu schöpfen, das Vieh zu tränken, das Wasser ab- und herzuleiten; 3) Das Vieh zu hüthen und zu weiden; 4) Holz zu fällen, verdorrte Aeste und Reiser zu sammeln; Eicheln zu lesen, Laub zu rechen; 5) Zu jagen, zu fischen, Vögel zu fangen; 6) Steine zu brechen, Sand zu graben, Kalk zu brennen.

§. 478.

Arten der persönlichen Dienstbarkeiten.

Die persönlichen Servituten sind: der nöthige Gebrauch einer Sache; die Fruchtnießung; und die Wohnung.

§. 479.

Unregelmäßige und Schein-Servituten.

Es können aber auch Dienstbarkeiten, welche an sich Grunddienstbarkeiten sind, der Person allein; oder, es können Begünstigungen, die ordentlicher Weise Servituten sind, nur bloß auf Widerrufen zugestanden werden. Die Abweichungen von der Natur einer Servitut werden jedoch nicht vermuthet; wer sie behauptet, dem liegt der Beweis ob.

1. Die einzelnen Servituten aufzuzählen, ist nicht wohl möglich, das Gesetz hat sich begnügt, die am gewöhnlichsten vorkommenden anzuführen; und zwar im §. 475 die gewöhnlichsten bejahenden, im §. 467 die gewöhnlichsten verneinenden Hausdienstbarkeiten und im §. 477 die vorzüglichsten Feld-Servituten. Letztere sind durchwegs bejahend, weil es nicht leicht denkbar ist, daß die bloße Nichtbenützung eines Grundstückes einem andern benachbarten Grundstücke zum Vortheile gereiche, was doch nach obigem (S. 80) zum Wesen der Dienstbarkeit gehört. Mehrere von den im §. 477 angegebenen Feld-Servituten können

---

[1]) Dieß ist insbesondere wieder bei der Lehre von der Verjährung nach §. 1482 wichtig.

übrigens auch als Haus-Servituten vorkommen, z. B. das Recht, Wasser zu schöpfen, oder einen Durchgang durch ein fremdes Haus zu halten u. dgl.

2. Bei der Aufzählung der persönlichen Servituten im §. 478 hat sich das b. G. B. dem römischen Rechte angeschlossen, welches vier persönliche Servituten, den ususfructus, den usus, die habitatio und die operas servorum anerkennt, von denen natürlich die letztere als unanwendbar erschien.

3. Nach §. 479 können durch den Willen der Parteien Abweichungen von der Natur der Dienstbarkeiten allerdings festgesetzt werden, insofern sie nicht etwa mit anderweitigen Gesetzen in Widerspruch gerathen. Es können also Dienstbarkeiten, die an sich Grunddienstbarkeiten sind, z. B. das Recht des Fußsteiges, der Person allein zugestanden werden, und nehmen dann die Natur der persönlichen Dienstbarkeiten an[1]). Dieß kann sowohl ausdrücklich, als stillschweigend (§. 863) erklärt werden. Es scheint daher ganz begründet, was Schuster (a. a. O. S. 146) behauptet, daß, wenn eine Grunddienstbarkeit dem bloß zeitlichen Inhaber eines angränzenden Grundstückes zugestanden wird, diese Dienstbarkeit, sowie der Rechtsanspruch auf solche, nur auf seine Person und auf die Dauer seiner Inhabung beschränkt werde, und daß, wenn auch der Inhaber nach geschlossenem Vertrage das Eigenthum des Grundstückes erwarb, ihm dieser Umstand dennoch kein ausgedehnteres Gebrauchsrecht ertheilen, folglich auch keinen Anspruch auf eine Grunddienstbarkeit gewähren würde, weil Verträge immer aus der zur Zeit der Abschließung von beiden Seiten hervorleuchtenden Absicht beurtheilt werden müssen (vgl. §. 506). Seltener dürfte der umgekehrte Fall eintreten, daß eine an sich persönliche Dienstbarkeit als Grunddienstbarkeit bestellt würde, denn die persönliche Dienstbarkeit entzieht dem Eigenthümer mehr weniger das Verfügungsrecht über seine Sache, so daß, wenn dieß auf immerwährende Zeiten geschähe, wenig mehr als der bloße Name des Eigenthums übrig bliebe.

4. Ein anderer Fall tritt ein, wenn eine Begünstigung, die ordentlicher Weise eine Servitut ist, bloß auf Widerrufen zugestanden wird (§. 479). Hier ist eine bloße Scheinservitut vorhanden, weil es an einem wesentlichen Merkmale der Dienstbarkeit, nämlich an der binglichen Natur dieses Rechtes gebricht.

5. Dasjenige, was von der Natur einer Dienstbarkeit abweicht, kann nicht vermuthet werden; es liegt vielmehr demjenigen, der eine solche Behauptung aufstellt, der Beweis dafür ob. Hieraus folgt, daß sich der Besteller einer solchen, von den allgemeinen Grundsätzen abweichenden Dienstbarkeit, oder derjenige, der einem andern eine Begünstigung bloß auf Widerrufen einräumen will, gehörig vorzusehen habe, damit er nicht durch eine Ueberschreitung der Gränzen des zugestandenen Befugnisses Schaden leide, wozu, wie Zeiller (Comment. Bd. 2, S. 300) bemerkt, die Ausstellung von Reversen, und die Einschaltung von deutlichen Erklärungen in die öffentlichen Bücher am dienlichsten erscheinen.

§. 480.

Erwerbung des Rechtes der Dienstbarkeit. Titel zur Erwerbung.

Der Titel zu einer Servitut ist auf einem Vertrage; auf einer letzten Willenserklärung; auf einem bei der Theilung gemeinschaftlicher Grundstücke erfolgten Rechtsspruche; oder endlich, auf Verjährung gegründet.

1. So wie zur Erwerbung des Eigenthums (§§. 386 und 424) und des

---

[1]) Solche Dienstbarkeiten werden gewöhnlich unregelmäßige Dienstbarkeiten (vgl. die Randrubrik zu §. 479), servitutes extraordinariae, irregulares, anomalae genannt. Die Gemeinde D. überreichte gegen die Besitzer mehrerer Häuser in D. eine Klage, mit dem Begehren, zu erkennen: die Gemeinde habe die Servitut, den von der Gemeinde jeweilig anzuschaffenden Gemeindestier von D. alljährlich von Anfang Jänner bis Bartholomäus einem der Besitzer jener Häuser nach der Reihenfolge ihrer Hausnummern gegen das Entgelt von 4½ kr. für jede von den Gemeindegliedern ausgetriebene Kuh in Stall und Futter einzustellen. Der oberste Gerichtshof erkannte hierin eine, wenn auch nicht vollkommen normale, aber deßhalb doch nicht absolut verwerfliche Dienstbarkeit. (Entschd. vom 6. März 1860, Z. 2275, in Nr. 148 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1860.)

Pfandrechtes (§. 449) fordert unser Gesetz auch zur Erwerbung der Dienstbarkeit einen giltigen Titel und eine rechtliche Erwerbungsart (§. 481). Der Titel, als der Möglichkeitsgrund der Erwerbung (Bd I., S. 471 d. W.), liegt entweder in dem Willen des Eigenthümers (Vertrag und letzte Willenserklärung), oder er ist unabhängig von demselben vorhanden (richterlicher Ausspruch und Gesetz).

2. Die Bestellung der Dienstbarkeit durch Vertrag setzt zuvörderst voraus, daß der Bestellende berechtigt sei, in der fraglichen Weise über sein Eigenthum zu verfügen. Hat er also nur ein unvollständiges oder nur ein zeitliches Eigenthum an der Sache, so kann er dieselbe in der Regel nur für die Dauer seines Rechtes mit Dienstbarkeiten belegen (vgl. §§. 527, 1127 und 1138)[1]), und ein Miteigenthümer kann in der gemeinschaftlichen Sache ohne Einwilligung seiner Theilhaber ebenfalls keine Servitut bestellen (§. 828). Ferner kann, in Folge der nämlichen Gesetzesstelle, auch kein Miteigenthümer einer Sache für dieselbe, ohne Einwilligung der übrigen Theilgenossen, eine Dienstbarkeit erwerben, da er überhaupt für sich allein gar keine (ob günstige oder ungünstige) Veränderungen vornehmen darf, wodurch über die Antheile der andern verfügt würde[2]); endlich tritt hier das eigenthümliche ein, daß, wie Nippel (Erläut. Bd. 3, S. 571) bemerkt, Servituten nie von einem Berechtigten auf den anderen übergehen, sondern immer ursprünglich erworben werden müssen; denn sind sie Grunddienstbarkeiten, so werden sie nicht als ein für sich bestehendes, selbständiges Recht, sondern als Zugehör des herrschenden Gutes übertragen; persönliche Dienstbarkeiten können aber schon ihrem Begriffe nach an niemand anderen abgetreten werden (§. 485).

3. Hinsichtlich der Bestellung einer Dienstbarkeit durch letztwillige Anordnung gilt, was die Berechtigung des Testators anbelangt, das unter Z. 2 gesagte. Die betreffende Verfügung stellt sich als ein Vermächtniß dar (§§. 535 und 653).

4. Der richterliche Ausspruch bildet überhaupt einen Titel zur Erwerbung des Eigenthumes (§. 424) und des Pfandrechtes (§. 449); bei den Dienstbarkeiten erwähnt das Gesetz nur des bei der Theilung gemeinschaftlicher Grundstücke erfolgten Rechtsspruches, da es im allgemeinen nicht angeht, dem Kläger eine Dienstbarkeit an Zahlungsstatt zuzusprechen; denn die Bestellung einer Grunddienstbarkeit setzt ein bestimmtes Verhältniß zweier Grundstücke voraus (§. 474), welches gewiß in den seltensten Fällen eintreten wird; der Werth einer persönlichen Servitut läßt sich aber bei der Unbestimmtheit ihrer Dauer von vornherein nicht ermitteln. Dagegen kann bei der Theilung liegender Gründe oder Gebäude ein Theilgenosse sehr häufig zur Benützung seines Antheiles einer Servitut bedürfen, z. B. des Fußsteiges, ohne welchen er vielleicht gar nicht zu seinem Grunde gelangen könnte. Der §. 842 weist daher den Schiedsmann oder den Richter an, hierüber, sowie über die Bedingungen zu entscheiden, unter welchen diese Servitut zu verwilligen sei.

5. Die Verjährung (oder eigentlich Ersitzung) wird insofern als ein Titel zur Erwerbung einer Dienstbarkeit aufgeführt, als nach §. 1498 derjenige, der ein Recht ersessen hat, bei dem Gerichte die Zuerkennung desselben ansuchen und das zuerkannte Recht, wofern es einen Gegenstand der öffentlichen Bücher ausmacht, den letzteren einverleiben lassen kann, und als nach §. 1500 das aus der Ersitzung erworbene Recht demjenigen, welcher im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher noch vor der Einverleibung desselben eine Sache an sich gebracht hat, zu keinem Nachtheile gereichen kann. Im übrigen aber wird durch den Ablauf der Ersitzungszeit, unter Voraussetzung des Vorhandenseins aller anderen gesetzlichen Erfordernisse, nicht bloß ein Titel zur Dienstbarkeit, sondern diese selbst erworben (§§. 1469 und 1470); ja zur Ersitzung wird in der Regel sogar schon ein giltiger Titel erfordert (§§. 1460 und 1461).

---

[1]) S. Nippel, Erläut. Bd. 3, S. 572 und 574.
[2]) S. Nippel, Erläut. Bd. 3, S. 474.

6. Außer der Verjährung gibt es auch noch andere Fälle, in denen eine Dienstbarkeit durch das Gesetz auferlegt wird, woraus dann die sog. gesetzlichen Dienstbarkeiten (servitutes legales) entstehen. So gebührt:

a) nach §. 757 des b. G. B. dem überlebenden Ehegatten des Erblassers, wofern drei oder mehrere Kinder vorhanden sind, mit jedem Kinde ein gleicher Erbtheil, wenn aber weniger als drei Kinder vorhanden sind, der vierte Theil der Verlassenschaft zum lebenslangen Genusse.

b) Weiters ist nach §. 1228 ebd. der Ehemann so lange als Fruchtnießer des Heiratsgutes seiner Gattin anzusehen, welches in unbeweglichen Gütern, Rechten oder Fahrnissen, die mit Schonung der Substanz benutzt werden können, besteht, bis bewiesen wird, daß er dasselbe für einen bestimmten Preis übernommen, und sich nur zur Zurückgabe dieses Geldbetrages verbunden habe.

c) Der Art. 348 des französischen Civilgesetzbuches räumt den Eltern das Nutznießungsrecht an dem Vermögen ihrer Kinder gegen dem ein, daß sie den Unterhalt und die standesmäßige Erziehung derselben besorgen und die Zinsen der Passiv-Capitalien und andere jährliche Lasten berichtigen müssen. Dieses Nutznießungsrecht wurde in jenen Gebietstheilen der österreichischen Monarchie, wo das französische (oder italienische) bürgerliche Gesetzbuch eingeführt war, in Beziehung auf das während des Bestandes jenes Gesetzbuches schon vorhandene Vermögen der Kinder auch nach der Einführung unseres a. b. G. B. durch das Hfd. v. 12. December 1817, Nr. 1394 der J. G. S., als noch fortbestehend erkannt.

d) Eine weitere Quelle von Servituten ist das Forstgesetz für Oesterreich unter und ob der Enns, Salzburg, Steiermark, Kärnthen, Krain, Görz, Gradisca, Istrien, Triest, Tirol und Voralberg, Böhmen, Mähren, Schlesien, Galizien mit Krakau und der Bukowina vom 3. December 1852, Nr. 250 des R. G. Bl. (durch Pat. vom 27. März 1858, Nr. 55 des R. G. Bl., auch in Dalmatien eingeführt). Nach §. 24 desselben ist jeder Grundeigenthümer gehalten, Waldproducte, welche anders gar nicht, oder nur mit unverhältnißmäßigen Kosten aus dem Walde geschafft und weiter gefördert werden könnten, über seine Gründe bringen zu lassen. Dieß soll aber auf die mindest schädliche Weise geschehen, sowie auch dem Grundeigenthümer von dem Waldbesitzer für den, durch dessen Veranlassung zugefügten Schaden volle Genugthuung zu leisten ist. Ueber die Nothwendigkeit der Bringung des Holzes über fremde Gründe hat die unterste politische Behörde nach Vernehmung der Parteien und der Sachverständigen zu entscheiden, und dabei auch eine vorläufige Bestimmung über die Entschädigung zu treffen. Wollen sich die Parteien mit derselben nicht begnügen, so steht ihnen von der untersten politischen Entscheidung der Recurs an die höheren politischen Instanzen zu. In Absicht auf die Bestimmung streitiger Entschädigungsbeträge steht, sofern auf politischem Wege kein Uebereinkommen erzielt werden könnte, den Parteien der ordentliche Rechtsweg frei. Die Bringung des Holzes darf jedoch, sobald der vorläufig ausgemittelte Betrag erlegt ist, nicht aufgehalten werden. Zur Fortführung von Riesen jeder Art (Erdriesen oder Erdgefährte, Eis- und Schneeriesen, Wasserriesen) oder sonstigen Holzbringungswerken über öffentliche Wege und Gewässer, durch Ortschaften, an oder über fremde Gebäude, ist die Bewilligung der Kreisbehörde erforderlich, welche dieselbe über Einvernehmen von Sachverständigen und allen Betheiligten nach Zulässigkeit zu ertheilen hat (§. 25). Die Holztrift (Bringung des Holzes zu Wasser im ungebundenen Zustande, oder sogenanntes Schwemmen, dann das Flößen gebundenen oder ungebundenen Holzes mit Hilfe eigener Flößereigebäude), sowie die Errichtung von Triftbauten (Schwemmwerken) bedürfen der besonderen Bewilligung. Diese Bewilligung steht der Kreisbehörde, und in den Ländern, wo keine Kreisbehörden bestehen, der Landesstelle zu, es möge die Trift nur durch einen Bezirk oder durch mehrere Bezirke desselben Kreises bewerkstelligt werden sollen, und kann von dieser Behörde höchstens für drei Jahre ertheilt werden. Soll die Trift durch mehrere Kreise gehen,

so steht die Bewilligung der politischen Landesbehörde zu; soll sie durch verschiedene Kronländer gehen, oder wenn die Triftausübung auf mehr als drei Jahre beabsichtigt wird, ist die Bewilligung dem Ministerium des Inneren vorbehalten. Wird zur Holzbringung die Benützung von Privatgewässern unumgänglich nöthig, so ist dießfalls im Sinne des o. a. §. 24 vorzugehen (§. 26). Die Bewerbung zur Bewilligung einer Trift und zur Errichtung von Triftbauten steht jedermann frei. Erstreckt sich eine bereits bestehende Triftbefugniß auf die ausschließliche Benützung eines bestimmten Triftwassers, so darf ohne Einwilligung des Berechtigten, während der Dauer der alten Berechtigung niemand anderen ein neues Triftrecht auf demselben Triftwasser ertheilt werden. Der Befugte ist indeß an die (in den §§. 31 und 34) nachfolgenden Bestimmungen in Betreff der Uebernahme von Trifthölzern, oder deren Mittrift, dann der Schutzbauten und Triftschäden gebunden (§. 27). Die Gesuche um neue Triftbewilligungen, oder um Erneuerung bereits abgelaufener Triftberechtigungen haben die Zeit der Trift, den Ort, an welchem sie beginnen und bis wohin sie gehen soll, sowie die Sorten und Menge der Trifthölzer möglichst genau anzugeben. Die Gesuche um Bewilligung zur Errichtung von Triftbauten müssen den Ort und den Zweck der Errichtung angeben und in beigefügten Zeichnungen und Beschreibungen die beabsichtigte Einrichtung der Bauten, deren Verhältniß zur ganzen Umgebung, sowie zu den am Triftwasser schon bestehenden anderweitigen Bauten und Wasserwerken auseinandersetzen (§. 28). Sowohl die Gesuche um neue Triftbewilligungen oder um die Erneuerung der abgelaufenen Triftberechtigungen, als auch jene um Bewilligung zur Errichtung von Triftbauten, sind durch die politischen Behörden ohne Verzug in jenen Gemeinden, durch deren Markung die Trift gehen, oder die Wirkung der Triftbaute sich erstrecken würde, zu veröffentlichen. Allfällige Mitbewerbungen sind, wenn es sich um Triftbewilligungen für das laufende Jahr handelt, binnen 14 Tagen, sonst aber binnen sechs Wochen einzubringen. Nach Ablauf dieser Frist haben die politischen Behörden die nöthigen commissionellen Erhebungen an Ort und Stelle, unter Zuziehung der betreffenden Gemeinden, aller Anrainer, der sonst dabei Betheiligten und der Sachverständigen vorzunehmen und auf Grundlage dieser Erhebungen, oder der ohnehin bekannten Verhältnisse zu entscheiden (§. 29). Bewilligungen zur Trift, oder zur Errichtung von Triftbauten sollen, wenn sie nach Inhalt des o. a. §. 27 zuläßig sind, nur dort versagt werden, wo dieselben mit großen Gefahren verbunden erscheinen, wo sie die Hinwegschaffung anderer schon bestehender Anlagen, welche aus öffentlichen Rücksichten von größerer oder doch gleicher Wichtigkeit sind und keine Verlegung an einen anderen Ort gestatten, nothwendig machen, oder wo dieselben voraussichtlich Beschädigungen verursachen würden, welche von den Unternehmern nicht ersetzt werden könnten. Bewerben sich mehrere um eine Trift, oder um die Errichtung einer Triftbaute an gleicher, oder nahezu gleicher Stelle, und werden Trift oder Triftbauten als zuläßig erkannt, so ist auf eine gütliche Einigung der Bewerber hinzuwirken. Kommt die Einigung binnen einer, von den politischen Behörden festzusetzenden Frist nicht zu Stande, so entscheiden diese, oder nach Umständen (§. 26 oben) das Ministerium. Was die zur Errichtung einer Trift nöthigen Enteignungen betrifft, so haben hierüber die bestehenden Gesetze zu gelten (§. 30). Eine für zuläßig erkannte Trift, über welche sich mehrere Bewerber gütlich nicht vereinigen konnten, ist entweder so einzutheilen, daß jedem einzelnen Bewerber eine besondere Triftzeit eingeräumt wird, oder, falls dieß nicht möglich wäre, für die erforderlichen Strecken je demjenigen zu überlassen, der die werthvollste Holzmenge zu triften hat. Bei gleich werthvollen Holzmengen gebührt der Vorzug dem bereits länger Triftenden, bei einer ganz neuen Errichtung dem, der die Trift durch eine längere Strecke benützen will. Die ausschließlich zur Trift Befugten sind jedoch gehalten, die Trifthölzer der übrigen Triftbewerber auf deren Verlangen insoweit um den örtlichen Werth zu übernehmen, oder gegen angemessene Vergütung mitzutriften, als dadurch die Abtriftung ihrer eigenen Hölzer nicht ver-

hindert wird. Können hiernach nicht die Hölzer sämmtlicher Triftbewerber mitgetriftet werden, so gebührt jenen der Vorzug, welche sich den Holzvorräthen des Triftunternehmers zunächst vorfinden (§. 31). Die Bewilligung zur Errichtung einer Triftbaute ist, wenn mehrere an gleicher oder nahezu gleicher Stelle bauen wollen, und ein gütliches Uebereinkommen nicht zu Stande kam, gleichfalls demjenigen von ihnen zu ertheilen, der die werthvollste Holzmenge zu triften hat. Bei gleich werthvollen Holzmengen ist der Vorzug dem bereits länger Triftenden einzuräumen. An jede Bewilligung zur Errichtung einer Triftbaute ist die Bedingniß geknüpft, daß der Unternehmer allen jenen, welche Triftbewilligungen erlangen, den nöthigen Gebrauch seiner Baute um angemessene Vergütung gestatte (§. 32). Jede neue Triftbaute muß so eingerichtet werden, daß durch dieselbe die bereits bewilligten Triften nicht beirrt und die Wirksamkeit von schon bestehenden brauchbaren derlei Bauten nicht gestört werde. Die bereits errichteten Triftbauten müssen neuen Triftunternehmungen auf ihr Verlangen gegen angemessene Vergütung zum Gebrauche überlassen werden, jedoch nur insofern, als sie nicht ausschließlich Triftberechtigten angehören und insoweit die Eigenthümer dadurch nicht in der eigenen Benützung derselben gehindert werden. Will sie ein Eigenthümer fernerhin nicht im guten Stande erhalten, so hat er sie zu veräußern oder in Pacht zu geben, und falls sie gar nicht mehr gebraucht würden, vollständig abzutragen (§. 33). Jeder Triftunternehmer ist gehalten, die Uferstrecken, Gebäude und Wasserwerke, welche durch die Trift bedroht sind, soweit es die politische Behörde für nothwendig findet, durch Schutzbauten zu sichern. Zu den Kosten von Schutzbauten jedoch, welche nicht bloß der Trift wegen, sondern überhaupt gegen Beschädigung durch Wasserfluthen auszuführen sind, hat die Triftunternehmung verhältnißmäßig beizutragen. Ein Schaden, der nachweisbar bloß durch die Trift verursacht wird, und zwar einschließlich desjenigen, welcher ungeachtet der Schutzbauten statt hat, ist von den Triftunternehmern zu vergüten. Beschädigungen hingegen, welche nicht bloß durch die Trift veranlaßt wurden, sind von den Triftunternehmern und Beschädigten verhältnißmäßig, und wenn das Verhältniß nicht ermittelt werden kann, zu gleichen Theilen zu tragen. Für Beschädigungen endlich, welche auch ohne Bestand der Trift eingetreten wären, haben die Triftunternehmer keinen Ersatz zu leisten (§. 34). Fordert die Einführung einer Trift oder die Errichtung von Triftbauten hinsichtlich der zu Wasserwerken benützten Wässer bestimmte Anordnungen, so sind diese mit Beachtung der bezüglichen besonderen Gesetze zu treffen. Ueber die Ablagerung zu triftender Hölzer ist nöthigenfalls durch die politische Behörde zu entscheiden (§. 35). Nach Maßgabe der in den eben angeführten §§. enthaltenen Bestimmungen und mit Rücksicht auf alle sonst noch beachtungswerthen Umstände ist die Bewilligung zur Trift oder zur Errichtung einer Triftbaute zu ertheilen oder zu versagen; für mehr als 30 Jahre darf keine Triftbefugniß ertheilt werden. Die Zeitdauer derselben ist innerhalb dieser äußersten Gränze nach Maßgabe der bezüglichen Anlagekosten zu bemessen (§. 36). Als Bürgschaft für die Einhaltung der an die Bewilligung zur Trift oder zur Einrichtung einer Triftbaute geknüpften Bedingnisse, insbesondere in Ansehung der Schadenersätze, kann von den Unternehmern eine Caution verlangt werden, welche von der betreffenden politischen Behörde, über Einvernehmen der Betheiligten und der berufenen Sachverständigen, zu bemessen ist (§. 37). Die Triftbölzer sind, mit Ausnahme der Brennholzscheite und Prügel, mit einer den politischen Behörden bekannt zu gebenden und durch diese zur öffentlichen Wissenschaft zu bringenden Marke zu bezeichnen. Bei Brennholzscheiten und Prügeln vertritt die ihnen etwa gegebene besondere Länge die Stelle der Marke (§. 38). Den Arbeitern der Triftbefugten darf nicht verwehrt werden, behufs der Triftbesorgung längs der Triftgewässer, über fremde Gründe zu gehen. Den Grundeigenthümern ist jedoch der hierdurch zugefügte Schaden zu vergüten (§. 39). Nach jedesmaliger Beendigung einer einzelnen Trift hat der Unternehmer sogleich der politischen Behörde hiervon Anzeige zu machen.

Diese fordert unverweilt sämmtliche Betheiligte auf, allfällige Schadenersatz-Ansprüche innerhalb vierzehn Tagen anzumelden, sofern sie dieß nicht bereits früher gethan hätten. Für die erst nach Ablauf dieser Frist angemeldeten Ersatzansprüche wird der Triftunternehmer der Haftung entbunden (§. 40). Uebertretungen der für die Holztrift und Triftbauten festgesetzten Bestimmungen sind, nach Maßgabe des hierdurch veranlaßten Schadens, zu bestrafen. Die Uebertreter haben überdieß sämmtliche hierdurch verursachten Schäden zu vergüten (§. 41). Zu den in Ansehung der Triftunternehmungen und der Errichtung von Triftbauten erforderlichen Commissionen sind stets unparteiische Sachverständige zuzuziehen. Dieselben haben sich über den Werth der Trifthölzer, die angemessenen Tarifkosten, die Gebrauchsvergütung für Triftbauten, die Schutzbauten und Schadenersätze; sowie über die Art und Höhe der allfälligen Caution (vgl. die o. a. §§. 31, 32, 33, 34, 37, 39, 40 und §. 77) auszusprechen. Sind die Betheiligten mit dem Ausspruche der Sachverständigen, in Betreff des Werthes der zu übernehmenden Trifthölzer, der angemessenen Vergütung für die Mittrift und den Gebrauch der Triftbauten, dann der zu leistenden Schadenersätze und Caution nicht einverstanden, und kann eine dießfällige Vermittlung nicht erzielt werden, so sind die ausgemittelten Beträge inzwischen sicherzustellen und die Parteien auf den Rechtsweg zu verweisen. Den Anordnungen der politischen Behörden rücksichtlich des Triftbetriebes ist dessenungeachtet Folge zu leisten (§. 42). Die Gemeindevorstände und politischen Behörden sind verpflichtet, den Triftunternehmern zur Wiedererlangung verschwemmter Hölzer behilflich zu sein (§. 43). Eine eigene Beilage zu dem in Frage stehenden Patente enthält die Grundsätze, nach welchen der Waldschaden-Tarif zu entwerfen und der Schadenersatz zu leisten ist.

e) Weiter ist auch eine gesetzliche Grundlage für Dienstbarkeiten der — gleichlautend auch in alle Landesgesetze über das Wasserrecht übergegangene — §. 15 des Reichs-Wasserrechts-Gesetzes v. 30. Mai 1869, Nr. 93 des R. G. Bl., welcher lautet: Auch wenn die Erfordernisse der Enteignung nach §. 365 des a. b. G. B. nicht eintreten, kann, um die nutzbringende Verwendung des Wassers zu fördern, oder dessen schädliche Wirkungen zu beseitigen, im Verwaltungswege verfügt werden: a) daß bei fließenden Privatgewässern derjenige, dem das Wasser zugehört, insoweit er es nicht benöthiget und innerhalb einer ihm behördlich zu bestimmenden, den Verhältnissen entsprechenden Frist auch nicht benützt, andern, die es nutzbringend verwenden können, gegen angemessene Entschädigung überlasse; b) daß Besitzer von Liegenschaften die Begründung von Servituten auf ihrem Besitzthume gegen angemessene Entschädigung zu dem Ende gestatten, damit anderen gehörendes Wasser von einer Gegend nach einer anderen über ihren Grund und Boden geleitet und daselbst die zu dieser Leitung erforderlichen Werke und Anlagen errichtet werden. Von der Uebernahme einer solchen Servitut können jedoch die Grundbesitzer durch Abtretung der zur Ausführung der Leitung und der entsprechenden Anlagen erforderlichen Grundfläche sich befreien, für welche Abtretung ihnen eine angemessene Entschädigung gebührt. Würde durch die Wasserleitungsanlage das Grundstück für dessen Besitzer die zweckmäßige Benützbarkeit verlieren, so ist auf sein Verlangen das ganze Grundstück abzulösen.

f) Ueber das Jagdrecht und das Recht der Fischerei s. mein Handbuch der österreichischen Verwaltungsgesetzkunde, 3. Aufl., Bd. 2, S. 525 und 534.

§. 481.

Erwerbungsart.

Das dingliche Recht der Dienstbarkeit kann auf unbewegliche Sachen und überhaupt auf solche Gegenstände, die in öffentlichen Büchern eingetragen sind, nur durch die Eintragung in dieselben erworben werden; auf andere Sachen aber erlangt man es durch die oben (§§. 426—428) angegebenen Arten der Uebergabe.

1. Nach §. 425 können dingliche Rechte überhaupt außer den im Gesetze bestimmten Fällen nur durch die rechtliche Uebergabe und Uebernahme erworben werden; der bloße Titel gibt also nur ein persönliches, aber noch kein dingliches Recht (vgl. §. 320 beim Besitze, §§. 380 und 425 beim Eigenthume, §§. 451 und 454 beim Pfandrechte); und eine Dienstbarkeit könnte mithin noch immer verloren gehen, wenn sie gleich durch einen Vertrag, eine letztwillige Anordnung, den Aus-

spruch des Gesetzes oder ein richterliches Urtheil begründet wäre, wenn nämlich der Eigenthümer der dienstbaren Sache diese veräußerte, bevor noch durch die Uebergabe ein dingliches, gegen jedermann wirksames Recht erworben wurde.

2. Was die Art der Uebergabe anbelangt, so muß auch hier, wie beim Besitze (§§. 312 und 321), Eigenthume (§§. 426—428 und 431) und Pfandrechte (§§. 451 und 454) zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen unterschieden werden. Bei beweglichen Sachen, an denen nur die persönlichen Dienstbarkeiten des Fruchtgenusses und des Gebrauches bestellt werden können, treten die Uebergabsarten der §§. 426—428 ein, worüber die Bd. I, S. 506 ff. d. W. gemachten Bemerkungen zu wiederholen kommen. Bei unbeweglichen Gütern und folglich bei allen Grunddienstbarkeiten muß in jenen Gegenden, wo öffentliche Bücher bestehen, und das dienende Gut in diese eingetragen ist, auch die Eintragung der Servituten in dieselben erfolgen [1]), die sowohl im Wege der Intabulation, als der Pränotation geschehen kann, und in Ansehung deren auf die Bd. I, S. 510 ff. d. W. enthaltenen Erläuterungen verwiesen werden muß.

Für die grundbücherliche Eintragung (Einverleibung oder Vormerkung) der Dienstbarkeiten, gilt alles was im I. Bande dieses Werkes S. 517 und 521 über die Eintragung des Eigenthums gesagt worden ist. Außerdem kommt aber noch der §. 12 des allg. Grundb. Gesetzes zu berücksichtigen, welcher lautet: Bei Dienstbarkeiten und Reallasten muß Inhalt und Umfang des einzutragenden Rechtes möglichst bestimmt angegeben werden; einer Angabe des Geldwerthes bedarf es nicht. Sollen Dienstbarkeiten auf bestimmte räumliche Gränzen beschränkt sein, so müssen diese genau bezeichnet werden. — Einer weiteren besonderen Bescheinigung des Rechtsgrundes zu dem fraglichen dinglichen Rechte bedarf es aber bei der Vormerkung einer Dienstbarkeit nach dem im Spr. Rep. unter Nr. 61 eingetragenen Beschlusse des obersten Gerichtshofes v. 4. November 1873, Z. 10690, nicht.

3. Eine Ausnahme von den eben erörterten Grundsätzen soll nach der Ansicht mehrer Rechtsgelehrten [2]) dann eintreten, wenn die Dienstbarkeit durch einen in die Augen fallenden Bau erkennbar (s. oben S. 81) ist, oder wenn der Uebernehmer des damit behafteten Grundstückes sonst von dem Bestande derselben Wissenschaft hatte. Allein die Gründe, welche für diese Behauptung angeführt zu werden pflegen, scheinen dieselbe nicht zu rechtfertigen [3]). Man sagt nämlich, die Servitut ist ihrer Natur nach eine auf der Sache selbst haftende Last; der Servitutsverpflichtete hat sich verbindlich gemacht, sie als solche anzuerkennen, und wenigstens nichts zu unternehmen, wodurch diese Eigenthumsbeschränkung wieder aufgehoben würde. Wenn er nun die Sache an einen dritten veräußert, so ist er nicht berechtigt, sie ausdrücklich als ein unbeschränktes Eigenthum hintanzugeben (§. 442). Hat also derjenige, welcher die Sache an sich bringt, von der darauf haftenden Servitut Wissenschaft, so weiß er auch, daß der Wille des Uebergebers nicht dahin gehen könne, die Sache als freies, unbeschränktes Eigenthum zu veräußern; er kann mithin die Sache auch nur unter der obwaltenden Beschränkung annehmen und erklärt somit durch die Annahme stillschweigend, daß er sie gleichfalls mit der nämlichen Beschränkung als Eigenthümer genießen wolle [4]). Hiergegen möchten wir einwenden, daß die eben angeführte Begründung eine petitio principii in sich zu enthalten scheint; es wird eine dingliche, auf jeden dritten übergehende Last vorausgesetzt, von der aber eben erst die Frage ist, wie sie begründet werde, und ob sie ohne Eintragung in die öffentlichen Bücher bestehen könne? eine Frage, die nach dem klaren Wortlaute des §. 481 verneint werden muß. Ueberdieß kommen die hinsichtlich

---

[1]) Daß die Eintragung der Dienstbarkeit bei der verpflichteten Realität geschehen müsse, und jene bei dem herrschenden Gute nicht hinreicht, um ein dingliches Recht zu begründen, wurde in der Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 12. September 1855, Z. 9169 (allg. österr. Ger. Ztg. J. 1856, Nr. 9, in Glaser's und Unger's Sammlg. Nr. 734), anerkannt.

[2]) Schuster, a. a. O. S. 375. — Nippel, Erläut. Bd. 3, S. 413. — Schopf: Beantwortung der Frage: ob nach §. 481 a. b. G. B. zur Erlangung aller Dienstbarkeitsrechte, auch selbst jener, die — aus einem vollendeten Bau hervorgegangenen — allgemein wahrgenommen werden können, die Eintragung in die öffentlichen Bücher erfordert werde? (in dessen Archiv, J. 1837, Bd. 1, S. 93).

[3]) S. Winiwarter, bürg. Recht Bd. 2, S. 299.

[4]) S. Nippel, Erläut. Bd. 3, S. 420 und 421.

eines analogen Falles beim §. 430 (Bd. I, S. 509 d. W.) gemachten Bemerkungen zu wiederholen. Auch sagt ja der §. 442 ausdrücklich, daß andere Forderungen und Ansprüche, als die in den öffentlichen Büchern angemerkten Lasten, welche jemand an den vorigen Eigenthümer hat, nicht auf den neuen Erwerber übergehen. — Die weiters von den Gegnern angeführte Berufung auf die §§. 468, 527 und 1443 [1]) scheint deßhalb nicht stichhältig zu sein, weil sie den gerade umgekehrten Fall voraussetzen, daß nämlich ein den öffentlichen Büchern noch einverleibtes Recht bereits erloschen war, während es sich hier um ein Recht handelt, das, als dingliches, erst erworben werden soll, und weil die Analogie überhaupt nur dann zuläßig ist, wenn keine bestimmte Entscheidung im Gesetze vorliegt, wie sie aber eben hier im §. 481 vorhanden ist, und zwar in vollster Uebereinstimmung mit den §§. 321, 322, 380, 425, 431, 436, 437, 443, 451, 454 und 819. Hierbei muß aber allerdings zugegeben werden: a) daß der Besitzstand so lange geschützt werden müsse, bis die Widerrechtlichkeit desselben dargethan ist [2]); b) daß die durch einen Bau herbeigeführte Belastung allerdings so lange fortbestehen müsse, als dieser Bau vorhanden ist, und die fragliche Belastung zur Erhaltung des Nachbargebäudes nothwendig erscheint [3]), woraus aber noch keineswegs folgt, daß sie ein immerwährendes Recht begründe, welches auch dann noch ausgeübt werden kann, wenn der gegenwärtige Zustand der benachbarten Güter eine wesentliche Veränderung erlitten hat; — daß endlich c) im Falle der Ersitzung einer in den öffentlichen Büchern nicht eingetragenen Dienstbarkeit (§. 1498) das aus der Ersitzung bereits erworbene Recht auch gegen denjenigen geltend gemacht werden könne, der die dienstbare Sache noch vor der Einverleibung desselben an sich gebracht hat, wenn ihm die Belastung durch einen in die Augen fallenden Bau, oder sonst bekannt war, weil der §. 1500 nur jenen Erwerber schützt, der im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher die Sache als eine unbelastete an sich gebracht hat, was aber hier nicht behauptet werden kann, wenn er um den Bestand der Last wußte [4]).

4. Daß die durch das Forstgesetz begründeten Servituten keine Eintragung in die öffentlichen Bücher bedürfen, steht im Einklange mit den Bestimmungen über die Erwerbung auf Inseln von Seite der Staatsverwaltung (Bd. I, S. 493 d. W.), und über mehrere Fälle des gesetzlichen Pfandrechtes (s. oben S. 19, Abs. 2).

§. 482.

Rechtsverhältniß bei den Dienstbarkeiten.
Allgemeine Vorschriften über das Recht der Dienstbarkeit.

Alle Servituten kommen darin überein, daß der Besitzer der dienstbaren Sache in der Regel nicht verbunden ist, etwas zu thun, sondern nur einem Anderen die Ausübung eines Rechtes zu gestatten, oder das zu unterlassen, was er als Eigenthümer sonst zu thun berechtiget wäre.

§. 483.

Daher muß auch der Aufwand zur Erhaltung und Herstellung der Sache, welche zur Dienstbarkeit bestimmt ist, in der Regel von dem Berechtigten getragen werden. Wenn aber diese Sache auch von dem Verpflichteten benützt wird; so muß er verhältnißmäßig zu dem Aufwande beitragen, und nur durch die Abtretung derselben an den Berechtigten kann er sich, auch ohne dessen Beistimmung, von dem Beitrage befreien.

1. Es ist schon oben (S. 80) erwähnt worden, daß die Dienstbarkeit nur in einem Dulden oder Unterlassen, keineswegs auch in einem Geben oder Thun bestehen könne, wovon nur in den §§. 508, 514 und 515 eine später zu erörternde Ausnahme Platz greift.

---

[1]) S. Schuster, a. a. O. S. 376.

[2]) Vgl. den von Turnes in der allg. österr. Ger. Ztg. Jahrg. 1851, Nr. 271 mitgetheilten Civilrechtsfall. — In diesem Sinne dürfte auch die Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 14. Mai 1861, Z. 2717, in Nr. 141 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1861 aufzufassen sein.

[3]) Vgl. den Civilrechtsfall in Zeiller's jährl. Beiträgen zur Gesetzkunde. Bd. 3, S. 148.

[4]) S. Winiwarter, bürg. Recht Bd. 2, S. 301.

2. Eine Folge dieses Principes ist es, daß im allgemeinen der Aufwand für die Erhaltung und Herstellung der dienstbaren Sache, z. B. des Fußsteiges oder Fahrweges, von dem Dienstbarkeits-Berechtigten, und nicht von dem Eigenthümer getragen werden muß; allerdings ist aber dieser zu dulden verpflichtet, daß von Seite des Servitutsberechtigten die zur Ausübung der Dienstbarkeit nöthigen Herstellungen vorgenommen werden, also z. B. daß die Weide, die durch das ausgetretene Wasser mit Sand und Steinen überschüttet worden, wieder gereiniget und für den Weidegenuß brauchbar hergestellt werde.[1])

3. Daß der Eigenthümer der dienstbaren Sache, insoweit dieß ohne Beeinträchtigung des Servitutsinhabers möglich ist, berechtigt sei, dieselbe mitzubenützen, ist zwar im Gesetze nicht insbesondere ausgesprochen, geht aber wohl mit Zuversicht aus den §§. 494, 502, 508, 522 hervor. Ist dieß der Fall, so muß er auch billiger Weise zu dem Aufwande für die Erhaltung und Herstellung der Sache beitragen, und zwar verhältnißmäßig, d. h. nach dem Maße seines Genusses, oder wenn dieses nicht auszumitteln wäre, mit dem Servitutsberechtigten zu gleichen Theilen (Analogie aus §. 839). Hätte der letztere die Kosten der Herstellung ganz aus eigenem bestritten, so kann er ohne Zweifel theilweisen Ersatz dafür fordern, da der §. 1042 ausdrücklich verfügt, daß derjenige, welcher für einen andern einen Aufwand macht, den dieser nach dem Gesetze selbst hätte machen müssen, das Recht habe, den Ersatz zu fordern. — Daß er aber, wie Nippel (Erläut. Bd. 2, S. 583) behauptet, bis der Ersatz erfolgt ist, den Eigenthümer von der Mitbenützung ausschließen könne, scheint uns nicht gerechtfertigt, da hierin eine unerlaubte Selbsthilfe (§. 19) gelegen wäre.

4. Will der Eigenthümer des dienenden Gutes den auf ihn entfallenden Beitrag zu den Erhaltungs- oder Herstellungskosten nicht leisten, so kann er sich davon durch Aufgebung seines Eigenthumsrechtes befreien, und zwar ohne daß er hierzu der Beistimmung des Berechtigten bedarf, weil er dadurch nur von seinem Rechte (die Sache zu verlassen, §. 362) Gebrauch macht.

5. Hätte umgekehrt der Grundeigenthümer die dienstbare Sache auf seine Kosten in der Art herstellen lassen, daß die Servitut an selber wieder ausgeübt werden kann, so ist der Servitutsinhaber ohne Zweifel berechtigt, sein Servitutsrecht an selber wieder in Ausübung zu bringen, doch nach der Ansicht Nippel's (Erläut. Bd. 3, S. 584) nur dann, wenn er dem Grundeigenthümer den ihn treffenden Kostenbetrag vergütet. Allein der §. 1052, den der Verfasser zur Begründung dieser Meinung anführt, scheint hierauf nicht anwendbar zu sein, weil er von der Erfüllung einer vertragsmäßigen Verbindlichkeit handelt, während hier eine Geschäftsführung ohne Auftrag vorzuliegen scheint, welche den Eigenthümer der dienstbaren Sache zwar berechtigt, Ersatz zu fordern, keineswegs aber ihm das Befugniß einräumt, bis dieser Ersatz geleistet ist, den Servitutsberechtigten von der Ausübung seines Rechtes auszuschließen (§. 19).

§. 484.

Der Besitzer des herrschenden Gutes kann zwar sein Recht auf die ihm gefällige Art ausüben; doch dürfen Servituten nicht erweitert, sie müssen vielmehr, in so weit es ihre Natur und der Zweck der Bestellung gestattet, eingeschränkt werden.

1. Wie weit sich das Recht der Dienstbarkeit erstrecke, muß aus den bei ihrer Bestellung ausdrücklich getroffenen Verfügungen entnommen, und wenn noch ein Zweifel obwalten sollte, im Wege der Auslegung festgestellt werden, wobei die Anordnungen des §. 655 über die Auslegung von Vermächtnissen und jene der §§. 914 — 916 über die Auslegung von Verträgen zur Anwendung kommen.

2. Nach §. 906 hat, wenn ein Versprechen auf mehrere Arten erfüllt werden

---

[1]) S. Nippel, Erläut. Bd. 3, S. 583.

kann, der Verpflichtete die Wahl, darf aber von der einmal getroffenen Wahl für sich allein nicht mehr abgehen. In Anwendung dieses Grundsatzes wird bei der ursprünglichen Bestellung einer Dienstbarkeit, wenn nicht etwas anderes verabredet oder durch richterlichen Ausspruch festgesetzt wurde, dem Eigenthümer des dienstbaren Gutes die Wahl zustehen, z. B. den Raum anzuweisen, auf welchem das nur im allgemeinen zugestandene Recht des Fußsteiges auf einem Grundstücke ausgeübt werden soll.

3. Kann aber eine bereits bestellte Dienstbarkeit auf verschiedene Art ausgeübt werden, z. B. die Dienstbarkeit des Fußsteiges dadurch, daß man selbst geht, oder sich von Menschen tragen, oder andere Menschen zu sich kommen läßt (§. 492), so ist der Besitzer des herrschenden Gutes nach obenstehendem §. berechtigt, sich die ihm gefällige Art zu wählen.

4. Hierbei müssen aber immer die gehörigen Gränzen beobachtet, und es darf eine Dienstbarkeit niemals erweitert werden, indem hierdurch ein Eingriff in das fremde Eigenthum geschähe; so wäre es daher nicht statthaft, die Servitut des Fußsteiges eigenmächtig in jene des Fahrweges zu verwandeln.

5. Im Gegentheile verfügt vielmehr der Schlußsatz des §. 484, daß Dienstbarkeiten, insofern es ihre Natur und der Zweck der Bestellung gestattet, eingeschränkt werden sollen, eine Bestimmung, welche die §§. 489 und 491 in Beziehung auf einzelne Dienstbarkeiten wiederholen. Keineswegs scheint uns jedoch dadurch für den Eigenthümer des dienstbaren Gutes das Recht begründet, die zur Ausübung einer Dienstbarkeit nöthigen Herstellungen ohne Genehmigung des Servitutsberechtigten abzuändern, also z. B. (wie Nippel in seinen Erläut. Bd. 3, S. 589 behauptet) einen Fußsteig beliebig zu verlegen, weil, wie schon oben bemerkt wurde, von der einmal getroffenen Wahl einseitig nicht abgegangen werden darf.

§. 485.

Keine Servitut läßt sich eigenmächtig von der dienstbaren Sache absondern, noch auf eine andere Sache oder Person übertragen. Auch wird jede Servitut in so fern für untheilbar gehalten, als das auf dem Grundstücke haftende Recht durch Vergrößerung, Verkleinerung oder Zerstückung desselben weder verändert, noch getheilt werden kann.

1. In dem vorstehenden §. ist zuvörderst das Princip der Unübertragbarkeit der Servituten ausgesprochen; und zwar in doppelter Beziehung: Es läßt sich nämlich die Dienstbarkeit a) nicht von der dienstbaren Sache absondern, so daß also weder der Servitutsberechtigte auf eine andere Sache des Verpflichteten greifen, noch auch letzterer die Ausübung der Dienstbarkeit an einer andern, als an der dazu bestimmten Sache begehren kann, weil die Servitut ein dingliches Recht ist, vermöge dessen immer nur in Rücksicht einer bestimmten Sache etwas geduldet oder unterlassen werden soll[1]). Es kann aber auch b) eine Servitut eigenmächtig nicht auf eine andere Person oder Sache übertragen werden, weil die Eigenthumsbeschränkung eben auch wieder nur zum Vortheile eines bestimmten Rechtsubjectes, auf dessen Bedürfnisse insbesondere Rücksicht genommen wurde, stattfinden sollte. Deßhalb sind auch Dienstbarkeiten an und für sich in der Regel kein Gegenstand einer abgesonderten Verpfändung (vgl. oben S. 2); und im Concurse der Gläubiger waren sie nach dem Hfd. vom 19. Juli 1792, Nr. 33 der J. G. S., zwar zur Anmeldung, aber zu keiner Classification geeignet, sondern, wenn ihr Bestand rechtlich berichtigt worden, waren sie nur bloß in den Grundinventarien und resp. Abschätzungen anzumerken, mithin die dazu Berechtigten dabei unbeirrt zu erhalten. Selbst die Ausübung einer Grunddienstbarkeit darf nicht an einen andern überlassen werden, weil sie nur zur vortheilhafteren oder bequemeren Benützung eines bestimmten Grundstückes führen

[1]) S. Pachmann, Beiträge zur Lehre von Dienstbarkeiten nach österr. Rechte (Zeitschr. für österr. Rechtsgel. 1837, I., S. 63.)

soll[1]); doch steht nichts entgegen, daß der Servitutsberechtigte dasjenige, was er durch eine rechtmäßige Ausübung seines Befugnisses zu eigen erhalten hat (z. B. das in dem Nachbarwalde geschlagene Holz), nach Belieben verwenden, also auch hintangeben könne, und daß er es nicht gerade auf dem herrschenden Gute verbrauchen müsse. Was die persönlichen Dienstbarkeiten anbelangt, so kann die Ausübung des Fruchtgenusses ohne Zweifel (§. 1257) an einen andern abgetreten werden. Nicht das gleiche scheint uns aber hinsichtlich des Gebrauches und der Wohnung, insofern diese als ein Gebrauch anzusehen ist, zu gelten; der §. 507 bestimmt nämlich insbesondere, daß der Gebrauchsberechtigte das Recht an keinen andern übertragen dürfe, und scheint dabei gerade die Ausübung des Rechtes im Auge zu haben, da er sonst nur etwas verfügte, was im §. 485 ohnehin schon klar ausgesprochen ist, und da nicht abzusehen wäre, warum beim Fruchtgenusse nicht dieselbe Anordnung wiederholt wurde; auch heißt es im §. 504: die Servitut des Gebrauches bestehe darin, daß jemand befugt ist, eine fremde Sache, ohne Verletzung der Substanz, bloß zu seinem Bedürfnisse zu benützen, was denn doch wohl nicht geschähe, wenn er die Benützung derselben einem andern überließe[2]).

In Concursfällen sind Dienstbarkeiten als eine Last des unbeweglichen Gutes, worauf sie haften, aufrecht zu erhalten und an den neuen Erwerber desselben zu überweisen, soweit dadurch den vorhergehenden Hypothekarforderungen kein Abbruch geschieht. Geschähe diesen dadurch Abbruch, so tritt der Entschädigungsanspruch für die nicht überwiesene Dienstbarkeit als Hypothekarforderung an die Stelle dieser Dienstbarkeit (Conc. Odg. v. 25. Dec. 1868, Nr. 1 R. G. Bl. f. 1869, §. 32).

2. Ein zweiter, im §. 485 ausgesprochener Grundsatz ist jener der Untheilbarkeit der Servituten, welcher aber ebenfalls wieder sowohl in Beziehung auf die dienstbare Sache, als in Beziehung auf das berechtigte Subject aufgefaßt werden kann. a) Durch die Servitut wird nämlich das Eigenthum einer bestimmten Sache überhaupt, folglich in allen seinen integrirenden Theilen beschränkt. Die Verkleinerung des dienenden Gutes kann also wohl bewirken, daß die Ausübung der Dienstbarkeit nicht mehr im vorigen Umfange Platz greifen kann (z. B. wenn ein Stück der Weide durch den vorbeifließenden Strom weggerissen wurde); sie darf aber von dem Verpflichteten nicht eigenmächtig vorgenommen werden und berührt keineswegs das Recht selbst, so daß dieses wieder im vollen Umfange ausgeübt werden kann, wenn der alte Zustand neuerdings hergestellt wird (§. 525). Dagegen wird aber auch umgekehrt durch Vergrößerung des dienstbaren Gutes die Servitut nicht erweitert (§. 484), so daß sie sich auf den Zuwachs, insofern er als solcher erkennbar ist, nicht erstreckt[3]). Eine Zerstückung des dienstbaren Gutes kann endlich dem Servitutsberechtigten ebenfalls nicht zum Nachtheile gereichen. Er wird also das ihm zustehende Servitutsrecht nach wie vor der Theilung ausüben können (§. 847), und selbst ein unter den Theilhabern getroffenes Uebereinkommen würde ihn als ein actus inter alios nicht binden. Die Theilgenossen haften vielmehr jeder einzelne für das Ganze (§. 891); aber die Dienstbarkeit bleibt wie vordem eine einzige und wird nicht etwa in zwei oder mehrere Dienstbarkeiten getheilt[4]). — Wird anderseits b) das herrschende Gut verkleinert, so kann ebenfalls wieder die Ausübung der Dienstbarkeit mit der Verringerung des Bedürfnisses (z. B. beim Weiderechte) beschränkt werden (§. 484); das Recht selbst aber bleibt unberührt. Dieß gilt auch im Falle einer Vergrößerung und könnte hier, selbst bei gesteigertem Bedürfnisse des herrschenden Gutes, eine Erweiterung der Dienstbarkeit nicht statt-

[1]) S. Pachmann, a. a. O. S. 66.
[2]) Anderer Meinung ist Pachmann, a. a. O. S. 68.
[3]) Vgl. Pachmann, a. a. O. S. 73.
[4]) Deßhalb hat auch der Fruchtnießer nach §. 511 auf einen Schatz, der in dem zur Fruchtnießung bestimmten Grunde gefunden wird, keinen Anspruch. — Eine singuläre Bestimmung enthält der §. 1227, welcher die Fruchtnießung des Heiratsgutes, und dessen, was demselben zuwächst, so lange die eheliche Gemeinschaft fortgesetzt wird, dem Manne zuweist.

finden[1]). Bei einer Theilung des herrschenden Gutes wird die Grunddienstbarkeit allen Theilhabern zu Statten kommen, wenn dieß ohne größere Belästigung des dienstbaren Gutes geschehen kann[2]); wäre letzteres nicht der Fall, so dürfte wohl nach §. 892 die Prävention entscheiden und sohin nach §. 895 zu beurtheilen sein, welches Rechtsverhältniß zwischen den einzelnen Theilhabern obwalte.

3. Eine Ausnahme von den eben erörterten Bestimmungen über die Untheilbarkeit der Dienstbarkeit wird (wie Pachmann a. a. O. S. 79 bemerkt) dann Platz greifen, wenn der Servitutsberechtigte das Eigenthum an einem phisischen Theile des dienstbaren Gutes erlangt, oder der Eigenthümer des letzteren Eigenthümer an einem reellen Theile des herrschenden Grundstückes wird; denn hier kann die Dienstbarkeit nur mehr hinsichtlich desjenigen Theiles bestehen, der bei dem früheren Alleineigenthümer bleibt. Sie wird ihrem Objecte nach wirklich getheilt, und erlischt in Folge einer Confusion theilweise.

§. 486.

Ein Grundstück kann mehreren Personen zugleich dienstbar sein, wenn anders die älteren Rechte eines Dritten nicht darunter leiden.

1. Durch die Bestellung einer Dienstbarkeit wird das Eigenthum zwar beschränkt, aber nicht aufgehoben, und wenngleich das Recht der Dienstbarkeit auf dem ganzen dienstbaren Gute haftet, so afficirt es doch meistens nur einen Antheil desselben[3]); es waltet also in der Regel kein Anstand ob, daß auf einer und derselben Sache mehrere gleichartige oder ungleichartige Dienstbarkeiten ausgeübt werden. Insbesondere wird dieß bei verneinenden Servituten der Fall sein, da eine bloße Unterlassung einer beliebigen Anzahl von Personen zugesichert werden kann, ohne das Recht des einen oder des andern im mindesten zu verkürzen[4]). Leichter könnte eine Collision zwischen mehreren bejahenden Dienstbarkeiten, z. B. dem Rechte der Weide, des Wasserschöpfens u. s. w., eintreten; und bei persönlichen Dienstbarkeiten insbesondere ist, wie sich aus dem Inhalte derselben zeigen wird, nicht leicht denkbar, daß sie mehreren auf dieselbe Sache eingeräumt werden. In solchen Collisionsfällen müßte natürlich, wie bei dinglichen Rechten überhaupt, die Priorität der Erwerbung entscheiden.

2. Es können aber Dienstbarkeitsrechte auch mit früher auf derselben Sache eingeräumten Pfandrechten in Collision gerathen, indem durch eine solche Belastung (z. B. mit dem Weide- oder Holzungsrechte) der Werth der Sache bedeutend vermindert werden kann. In einem solchen Falle müßte sich der Servitutsberechtigte allerdings gefallen lassen, daß die dienstbare Sache, wenn sie von einem älteren Hypothekargläubiger in Execution gezogen wird, ohne Rücksicht auf die darauf haftende Last der Dienstbarkeit hintangegeben werde, weil eben nach §. 486 unter der Servitutsbestellung die älteren Rechte eines dritten (also auch eines Pfandgläubigers) nicht leiden dürfen[5]); nur in Rücksicht auf die Entschädigung bliebe dem Servitutsberechtigten nach der Analogie des §. 1121 sein Vorzugsrecht nach der grundbücherlichen Rangordnung vorbehalten. Daß er aber, wie Gspann und Winiwarter (a. a. O.) behaupten, ein jus offerendi ausüben könne, scheint uns nicht begründet, da der §. 462 ausdrücklich nur von Pfandgläubigern spricht.

---

[1]) S. Pachmann, a. a. O. S. 77.

[2]) Im Einklange hiermit verfügt §. 506, daß das Bedürfniß bei der Dienstbarkeit des Gebrauches nach dem Zeitpunkte der Bewilligung zu bestimmen sei, und nachfolgende Veränderungen in dem Stande oder Gewerbe des Berechtigten keinen Anspruch auf einen ausgedehnteren Gebrauch geben.

[3]) S. Pachmann, a. a. O. S. 78.

[4]) S. Zeiller, Comment. Bd. 2, S. 309.

[5]) S. Drdacki: Ueber die Liquidirung der Servituten sowohl in Concursfällen, als in jenen, wo der Werth der Realität zur Befriedigung der darauf haftenden Lasten nicht hinreicht (Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1834, I., S. 119). — Gspann: Darstellung des rechtlichen Einflusses einer Servitut auf ein mit Pfandrechten belastetes dienendes oder herrschendes Gut (Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1836, II., S. 125). — Winiwarter, bürg. Recht Bd. 2, S. 307. — Vgl. auch den in der allg. österr. Ger. Ztg. 1852, Nr. 104 dargestellten Rechtsfall.

§. 487.

Anwendung auf die Grunddienstbarkeiten; insbesondere auf das Recht, eine Last, einen Balken auf fremdem Gebäude zu haben oder den Rauch durchzuführen.

Nach den hier aufgestellten Grundsätzen sind die Rechtsverhältnisse bei den besonderen Arten der Servituten zu bestimmen. Wer also die Last des benachbarten Gebäudes zu tragen; die Einfügung des fremden Balkens an seiner Wand; oder, den Durchzug des fremden Rauches in seinem Schornsteine zu dulden hat, der muß verhältnißmäßig zur Erhaltung der dazu bestimmten Mauer, Säule, Wand oder des Schornsteines beitragen. Es kann ihm aber nicht zugemuthet werden, daß er das herrschende Gut unterstützen oder den Schornstein des Nachbars ausbessern lasse.

1. Der vorstehende §. enthält die Anwendung der in den §§. 482 und 483 enthaltenen Principien auf mehrere Hausdienstbarkeiten. Bei der Dienstbarkeit, die Last des benachbarten Gebäudes zu tragen (servitus oneris ferendi) liegt dem Eigenthümer des dienstbaren Gutes ein verhältnißmäßiger Beitrag zur Erhaltung der Mauer, Säule oder Wand, auf welcher die Last des fremden Gebäudes ruht, nur insoweit ob, als diese Gegenstände auch von ihm benützt werden. Ist eine Reparatur nöthig geworden, so kann dem Verpflichteten nicht zugemuthet werden, das herrschende Gut zu unterstützen, weil dieß gegen die Regel des §. 482 verstoßen würde. Auch steht es dem Eigenthümer der dienstbaren Sache frei, jede Beitragsleistung dadurch von sich abzuwenden, daß er die zur Dienstbarkeit bestimmte Sache, also die Mauer, Säule, Wand, oder die von derselben herrührenden Materialien dem Servitutsberechtigten abtritt. Ob dieser zugleich auch den Grund erwerbe, auf welchem die Mauer u. dgl. sich befindet, ist unter den Rechtslehrern streitig. Winiwarter (bürg. Recht Bd. 2, S. 309) behauptet, daß dieß nicht der Fall sei, da, wie die §§. 1147 und 1150 zeigen, das Recht, eine Mauer auf fremdem Grunde zu haben, recht wohl bestehen kann. Schuster (Baurecht S. 189), Nippel (Erläut. Bd. 3, S. 596) und Mattei (Comment. Vol. 2. p. 637) pflichten der entgegengesetzten, wie uns scheint auch richtigeren Ansicht bei, da aus §§. 417—419 hervorgeht, daß das Eigenthum des Grundes in der Regel von dem Eigenthume des darauf befindlichen Gebäudes nicht zu sondern sei.

2. Bei dem Rechte der Einfügung eines Balkens (wohl auch eines Sparrens, eines Trag-Steines, einer Stange u. s. w.) in eine fremde Wand gelten hinsichtlich der Erhaltung der letzteren die eben erörterten Bestimmungen. Daß der Berechtigte an die Stelle der alten, unbrauchbar gewordenen Balken u. s. w. neue einfügen dürfe, kann wohl keinem Zweifel unterliegen, nur darf dadurch die bisherige Last der dienstbaren Sache nicht vermehrt werden [1]), und ebensowenig ist es dem Servitutsberechtigten gestattet, wenn einmal die Ausübung der Dienstbarkeit durch die Einfügung der Balken in die fremde Wand begonnen hat, auch noch mehrere und in andere Theile der dienstbaren Mauer einzulassen, da nach §. 484 Servituten überhaupt nicht erweitert werden dürfen [2]). Verschieden von der servitus tigni immittendi wäre die Errichtung eines Baues auf einer fremden Mauer, der mit dem herrschenden Gebäude nicht zusammenhängt; wie wenn z. B. jemandem gestattet würde, die benachbarte Scheidewand in der Absicht zu erhöhen, um dadurch die Einsicht in seinen Hofraum zu verhindern [3]). Hier würde wohl, wenn nichts anderes verabredet wurde, das Eigenthum des Aufbaues dem Eigenthümer des Unterbaues zuwachsen (§. 418); es könnte aber sohin die verneinende Dienstbarkeit, mit dem einmal errichteten Werke keine Aenderung vorzunehmen, bestellt werden.

3. Nach dem gesagten ergibt sich von selbst, was der §. 487 hinsichtlich der Last, den Durchzug des fremden Rauches durch seinen Schornstein zu dulden, verfügt, daß nämlich der Verpflichtete in keinem Falle gehalten sei, den Schornstein

---

[1]) S. Schuster, a. a. O. S. 346.
[2]) S. Schuster, a. a. O. S. 333.
[3]) S. Schuster, a. a. O. S. 321.

des Nachbars, aus welchem der Rauch kömmt, ausbessern zu lassen, weil er sonst zu Gunsten des herrschenden Gutes etwas thun müßte, was dem Begriffe der Dienstbarkeit widerspricht.

4. Aehnlich mit den bisher erörterten ist die Dienstbarkeit, in den fremden Luftraum zu bauen (§. 297 und §. 475, Z. 4), sei es ein Dach (servitus protegendi), oder einen Erker u. dgl. (servitus projiciendi).

§. 488.

Fensterrecht.

Das Fensterrecht gibt nur auf Licht und Luft Anspruch; die Aussicht muß besonders bewilliget werden. Wer kein Recht zur Aussicht hat, kann angehalten werden, das Fenster zu vergittern. Mit dem Fensterrechte ist die Schuldigkeit verbunden, die Oeffnung zu verwahren; wer diese Verwahrung vernachlässiget, haftet für den daraus entstehenden Schaden.

1. Jeder Eigenthümer hat schon als solcher (§. 362) das Recht, in seiner Wand Fenster zu eröffnen, wenn diese auch dem Nachbar durch die Einsicht in seinen Hofraum oder Garten u. s. w. lästig fallen sollten (§. 1305)[1], und dieses Recht unterliegt nicht einmal einer Verjährung (§. 1459). Soll die Ausübung desselben verhindert werden, so könnte es im Wege einer verneinenden Dienstbarkeit geschehen, welche zwar in unserem b. G. B. nicht insbesondere ausgeführt ist, aber nichtsdestoweniger giltig bestellt werden könnte.

2. Allerdings wäre dagegen der Nachbar, auch ohne eine Dienstbarkeit, eben wieder kraft seines Eigenthumsrechtes befugt, solche Bauten oder Pflanzungen auf seinem Grunde vorzunehmen, welche den in Frage stehenden Fenstern die Aussicht wieder entziehen. Hier könnte abermals nur eine verneinende Dienstbarkeit aushelfen, welche nämlich dahin ginge, daß dem herrschenden Gebäude Licht und Luft, oder die Aussicht nicht benommen werde (§. 476, Z. 10 und 11). Nach der Analogie des §. 488 müßte aber die Aussicht insbesondere bedungen werden, sonst würde sich die Dienstbarkeit bloß auf den Genuß des Lichtes und der Luft beschränken. Die verneinende Dienstbarkeit, sein Haus nicht zu erhöhen (§. 476, Z. 8), ist gewöhnlich auch auf denselben Zweck gerichtet[2]. Es könnte aber auch die Dienstbarkeit bestellt werden, ein Gebäude nicht niedriger zu machen (§. 476, Z. 9), wenn dem Nachbar etwa zum Schutze seiner Gartenpflanzungen u. dgl. eben am Schatten gelegen wäre.

3. Das Fensterrecht ist die bejahende Dienstbarkeit, in einer fremden (oder gemeinschaftlichen) Wand ein Fenster zu öffnen (§. 475, Z. 3), und zwar, wenn nicht insbesondere etwas anderes bedungen wurde, nur der Luft und des Lichtes wegen. In diesem Falle kann also der Eigenthümer des dienstbaren Gutes verlangen, daß der Servitutsberechtigte das Fenster vergittern lasse, wenngleich dadurch die Möglichkeit der Aussicht benommen würde. Wäre dagegen diese ausdrücklich zugestanden worden, so kann nur eine zweckmäßige Verwahrung der Oeffnung verlangt werden, damit der Verpflichtete nicht durch Einsteigen u. dgl. Schaden leide. Die Art der Verwahrung bleibt dem Servitutsberechtigten überlassen (§. 906), doch haftet er für den Schaden, der aus einer Vernachlässigung dieser Verbindlichkeit entsteht.

---

[1] In einem vorgekommenen Falle hat der oberste Gerichtshof unterm 2. November 1859, Z. 7402 (Glaser's und Unger's Sammlg. Nr. 897), entschieden, daß der Beklagte, indem er ein Fenster in der Mauer seines Hofraumes auf den Hof des Klägers eröffnete, nur von seinem Eigenthume einen Gebrauch machte, wozu er nach §. 362 b. G. B. durchaus berechtiget war, daß daher der Anspruch des Klägers auf Vermauerung dieses Fensters unbegründet sei; allerdings aber wurde dem Beklagten die Vergitterung des gedachten Fensters aufgetragen.

[2] S. Schuster, Baurecht S. 406 ff.

§. 489.

Recht der Dachtraufe.

Wer das Recht der Dachtraufe besitzt, kann das Regenwasser auf das fremde Dach frei oder durch Rinnen abfließen lassen; er kann auch sein Dach erhöhen; doch muß er solche Vorkehrungen treffen, daß dadurch die Dienstbarkeit nicht lästiger werde. Eben so muß er häufig gefallenen Schnee zeitig hinweg räumen, wie auch die zum Abflusse bestimmten Rinnen unterhalten.

§. 490.

Recht der Ableitung des Regenwassers.

Wer das Recht hat, das Regenwasser von dem benachbarten Dache auf seinen Grund zu leiten, hat die Obliegenheit, für Rinnen, Wasserkästen und andere dazu gehörige Anstalten die Auslagen allein zu bestreiten.

§. 491.

Erfordern die abzuführenden Flüssigkeiten Gräben und Canäle; so muß sie der Eigenthümer des herrschenden Grundes errichten; er muß sie auch ordentlich decken und reinigen, und dadurch die Last des dienstbaren Grundes erleichtern.

1. Wenn das Regenwasser von einem Dache, zufolge der natürlichen Lage desselben, ohne besondere Vorrichtung (also nicht strom-, sondern tropfenweise) auf den Grund des Nachbars fällt, so bedarf es zur Aufnahme desselben unseres Bedünkens einer besonderen Servitut ebensowenig, als (s. oben S. 96) zur Eröffnung eines Fensters in seiner eigenen Mauer [1]). Der Besitzer des Nachbargrundes wäre aber allerdings berechtigt, seinerseits solche Vorkehrungen zu treffen, durch welche dieser Abfluß gehindert wird, sofern sich diese nur auf seinen eigenen Grund und Boden beschränkten. Soll ihm diese Berechtigung nicht zustehen, so bedürfte es einer verneinenden Dienstbarkeit, von der das oben bei §. 488 unter Z. 1 gesagte gilt [2]). Es kann übrigens das natürlich abfließende Wasser dem Eigenthümer des Nachbargrundes zu irgend einem Zwecke nützlich sein, und in diesem Falle kann er sich ausbedingen, daß ihm dasselbe nicht abgeleitet werde (§. 476, Z. 12), was sonst dem Eigenthümer kraft seines Eigenthumsrechtes zustünde.

2. Ein anderer Fall ist dann vorhanden, wenn es sich nicht um den natürlichen Abfluß des Regenwassers, sondern um eine Leitung (Ab- oder Zuleitung) desselben, oder wenigstens um eine Sammlung in Rinnen handelt, wodurch die natürliche Richtung des Abflusses nicht geändert, aber das sonst tropfenweise Abfließen in ein stromweises verwandelt würde. In dieser Beziehung kann vorerst die bejahende Dienstbarkeit bestehen, das Regenwasser von seinem Dache auf den fremden Grund (§. 475, Z. 5) oder auf das fremde Dach (§. 489) abzuleiten, d. h. den Abfluß durch künstliche Vorrichtungen (Rinnen u. dgl.) zu bewerkstelligen. Hinsichtlich dieser Anlagen gilt der auch schon bei anderen Dienstbarkeiten aufgestellte Grundsatz, daß sie keineswegs in der Art verändert werden dürfen, daß dadurch die Dienstbarkeit lästiger würde, sondern daß vielmehr die Last des dienstbaren Gutes so viel als möglich erleichtert werden müsse. Es ist also, wie Schuster bemerkt, nicht gestattet, den gesammelten Strom des Regenwassers so auf das Dach oder in den Hofraum des Verpflichteten herabstürzen zu lassen, daß dadurch das Dach beschädigt oder der Boden aufgewühlt würde, sondern es muß die Ableitung durch Rinnen u. dgl. geschehen. Darauf gründet sich auch die Bestimmung, daß häufig gefallener Schnee zeitig hinweggeräumt werden müsse, weil sonst durch ein plötzliches Schmelzen desselben das dienende Gut leicht beschädigt werden könnte. Eine Erhöhung des Daches, von welchem das Regenwasser abgeleitet wird, ist nicht

---

[1]) S. Nippel, Erläut. Bd. 3, S. 602, gegen Schuster, Baurecht S. 279.

[2]) Aehnlich hiermit war die Dienstbarkeit der zwangsweisen Wasserleitungen im lomb.-venet. Königreiche insofern, als dadurch der Eigenthümer des niedriger gelegenen Grundstückes verpflichtet wurde, den Abfluß des Wassers von dem höher gelegenen zu dulden.

unstatthaft, weil dadurch die Last der Dienstbarkeit eher erleichtert als erschwert wird; wäre letzteres der Fall, so müssen solche Vorkehrungen (z. B. durch Zwischendächer, Rinnen u. dgl.) getroffen werden, durch welche jene Wirkung beseitigt wird. Die Erhaltung der Rinnen fällt nach §§. 482 und 483 dem Eigenthümer des herrschenden Gutes zu.

3. Verschieden von der vorigen ist eine zweite bejahende Dienstbarkeit, deren der §. 475 zwar nicht erwähnt, die aber im §. 490 näher berücksichtigt erscheint, nämlich das Regenwasser von dem benachbarten Dache, von welchem es nicht schon dem natürlichen Laufe zufolge auf meinen Grund abfließt, durch Vorkehrungen, die in der fremden Sache getroffen werden (Rinnen, Wasserkästen u. dgl.) zuzuleiten [1]), weil mir dasselbe zu irgend einem Zwecke, z. B. zur Bewässerung meines Gartens, zur Füllung meiner Cisterne u. dgl. nützlich ist.

4. So wie das Regenwasser, können auch andere Flüssigkeiten, z. B. Spülwasser, Unrath, Flüssigkeiten, welche zu einem technischen Gebrauche (bei Färbereien, Brauereien u. dgl.) verwendet wurden, in Folge einer bejahenden Dienstbarkeit auf den Grund des Nachbars abgeleitet werden (§. 475, Z. 7). Auch hier folgt die Verpflichtung des Servitutsberechtigten zur Errichtung und Erhaltung der nöthigen Gräben, Canäle, Rinnen u. dgl. (§. 491) aus dem Grundsatze des §. 482, jene der Deckung und Reinigung dieser Anlagen aus der Bestimmung des §. 484 [2]). Endlich ist auch die ebenfalls bejahende Servitut der Zuleitung solcher Flüssigkeiten denkbar und käme dann nach den unter Z. 3 erörterten Grundsätzen zu beurtheilen.

§. 492.

Recht des Fußsteiges, Viehtriebes und Fahrweges.

Das Recht des Fußsteiges begreift das Recht in sich, auf diesem Steige zu gehen, sich von Menschen tragen, oder andere Menschen zu sich kommen zu lassen. Mit dem Viehtriebe ist das Recht, einen Schiebkarren zu gebrauchen; und mit dem Fahrwege das Recht, mit einem oder mehreren Zügen zu fahren, verbunden.

§. 493.

Hingegen kann, ohne besondere Bewilligung, das Recht, zu gehen, nicht auf das Recht, zu reiten, oder sich durch Thiere tragen zu lassen; weder das Recht des Viehtriebes auf das Recht, schwere Lasten über den dienstbaren Grund zu schleifen; noch das Recht zu fahren, auf das Recht, frei gelassenes Vieh darüber zu treiben, ausgedehnt werden.

§. 494.

Zur Erhaltung des Weges, der Brücken und Stege tragen verhältnißmäßig alle Personen oder Grundbesitzer, denen der Gebrauch derselben zusteht, folglich auch der Besitzer des dienstbaren Grundes, so weit bei, als er davon Nutzen ziehet.

§. 495.

Raum hierzu.

Der Raum für diese drei Servituten muß dem nöthigen Gebrauche und den Umständen des Ortes angemessen sein. Werden Wege und Steige durch Ueberschwemmung oder durch einen andern Zufall unbrauchbar; so muß, bis zu der Herstellung in den vorigen Stand, wenn nicht schon die politische Behörde eine Vorkehrung getroffen hat, ein neuer Raum angewiesen werden.

1. Die vorstehenden §§. enthalten, sowie das römische Recht, drei mit einander verwandte Servituten. Das Recht des Fußsteiges begreift das Recht in sich, auf

---

[1]) Die Marginalinschrift des §. 490 lautet: Recht der Ableitung des Regenwassers; der Ausdruck: Zuleitung würde deutlicher sein. Daß übrigens dieser §. Anlagen auf fremdem Grunde voraussetzt, ist daraus abzunehmen, weil es folgewidrig wäre, wenn der Gesetzgeber bei der Behandlung einer Dienstbarkeit Anordnungen über das Befugniß aufstellen wollte, welches dem Berechtigten auf seinem eigenen Grunde kraft des §. 362 gebührt (Schuster, a. a. O. S. 295).

[2]) S. die Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 8. Mai 1855, Z. 4556, in Glaser's und Unger's Sammlg. Nr. 85.

diesem Steige zu gehen, sich von Menschen tragen oder andere Menschen zu sich kommen zu lassen, da hierdurch dem dienstbaren Gute keine höhere Last auferlegt wird. Dagegen kann sie nicht auf das Recht, zu reiten oder sich durch Thiere tragen zu lassen, oder Vieh darüber zu treiben, ausgedehnt werden.

2. Das Recht des Viehtriebes umfaßt nicht nur alle Berechtigungen, welche in dem Fußsteigrechte enthalten sind, sondern auch noch die Befugniß, frei gelassenes Vieh zu treiben und einen Schiebkarren zu gebrauchen, nicht aber auch das Recht, schwere Lasten (z. B. Steine oder Balken) über den dienstbaren Grund zu schleifen.

3. Am ausgedehntesten ist die Dienstbarkeit des Fahrweges, mit welcher das Recht, zu gehen, sich von Menschen tragen zu lassen, zu reiten, mit einem oder mehreren Zügen zu fahren, wohl auch schwere Lasten zu schleifen verbunden ist, da der §. 493 dieses letztere nur bei der Servitut des Viehtriebes für unstatthaft erklärt. Dagegen ist in dem Rechte des Fahrweges noch nicht die Befugniß enthalten, frei gelassenes Vieh über den dienstbaren Grund zu treiben, weil dieses leicht Beschädigungen (z. B. an den Pflanzungen, Gartenanlagen, Saatfeldern u. dgl.) herbeiführen kann, die bei dem Fahren nicht zu besorgen sind.

4. Ueberhaupt ist es Sache des Berechtigten, bei der Ausübung einer jeden dieser drei Servituten darauf bedacht zu sein, daß dem Eigenthümer des dienenden Gutes kein Nachtheil zugefügt werde, der nicht der Natur der Sache zufolge mit der bezüglichen Dienstbarkeit verknüpft ist [1]). Er kann zu diesem Ende auch die erforderlichen Anstalten treffen, z. B. den Viehtrieb einzäunen, damit das Vieh nicht ausbricht und Schaden verursacht. Daß er außerdem, wie §. 494 bestimmt, zur Erhaltung der Wege, Brücken und Stege verbunden sei, folgt schon aus §. 483, sowie die Beitragspflicht des Besitzers des dienstbaren Grundes nach Umständen ebenfalls in jenem §. begründet erscheint.

5. Ist der Raum (d. i. der Ort, die Stelle), auf welchem die Wegservitut ausgeübt werden soll, im Vertrage, in der letztwilligen Anordnung oder durch den richterlichen Ausspruch nicht ohnehin schon bestimmt worden, so steht die Anweisung des Platzes unseres Erachtens nach §. 906 dem Verpflichteten zu [2]); nur muß er dabei auf den nöthigen Gebrauch, also auf den Zweck der Dienstbarkeit und auf die Umstände des Ortes gebührende Rücksicht nehmen. Im Falle eines Streites würde der Richter, wenn nöthig unter Zuziehung von Sachverständigen, zu entscheiden haben. Dieß gilt auch in Ansehung der Breite des anzuweisenden Weges, die bei uns nicht so wie im römischen Rechte, wenigstens bei der servitus viae, schon von vornherein bestimmt ist.

6. Werden Wege, Brücken, Steige u. s. w. durch einen Zufall unbrauchbar, so wird in manchen Fällen, z. B. bei Ueberschwemmungen u. dgl., die politische

---

[1]) A befand sich im Besitze des Rechtes der Dienstbarkeit des Fußweges über eine Wiese des B zum Kirchgange. Nachdem über diese Wiese mehrere Wege zu demselben Zwecke bestanden, ließ B die verschiedenen Wege absperren und einen der bestehenden Dienstbarkeit vollkommen entsprechenden Weg bahnen, der allen Berechtigten dienen sollte. A wollte sich dieser Anordnung des Verpflichteten nicht fügen; der oberste Gerichtshof erkannte jedoch mit Urtheil vom 13. Jänner 1863, Z. 8398 (Ger. Halle J. 1863 Nr. 18) zu Gunsten des B. „in Erwägung, daß Dienstbarkeiten nach §. 484 des b. G. B. nicht erweitert werden dürfen, sondern vielmehr, insoweit es ihre Natur und der Zweck der Bestellung gestattet, eingeschränkt werden müssen; in Erwägung, daß diesem Grundsatze gemäß, wenn auch der Servitutsberechtigte in der Ausübung seines Servitutsrechtes nicht behindert werden darf, doch anderseits dem Eigenthumsrechte des Verpflichteten in dem Sinne der §§. 354 und 362 des b. G. B. auch nicht zu nahe getreten, und ihm die Ausübung der Servitut so wenig lästig gemacht werden soll, als es mit der Natur und dem Zwecke derselben vereinbarlich ist; in Erwägung, daß der Umfang eines Servitutsrechtes auch aus dem Begriffe, aus der Natur und dem Zwecke einer bestimmten Dienstbarkeit zu entnehmen ist, und in Erwägung, daß der auf dem Grunde des B haftende Fußsteig keinen anderen Zweck hat, als dem A zum Kirchwege zu dienen, diesem Zwecke aber nach dem Befunde der Sachverständigen der von B auf seinem Grunde neu hergestellte Fußsteig nicht nur vollkommen entspricht, sondern sich noch als kürzer und bequemer darstellt, A aber in seinem Rechte nicht im geringsten beeinträchtiget wird."

[2]) Nippel (Erläut. Bd. 3, S. 617) ist der Ansicht, daß die Wahl des Platzes dem Berechtigten zustehe, weil die Dienstbarkeit auf dem ganzen Grundstücke haftet. Allein dieß hat, wie uns scheint, nur die Folge, daß im Falle, als der angewiesene Weg unbrauchbar würde, die Dienstbarkeit nicht erlischt, sondern ein neuer Raum dazu bestimmt werden muß (s. oben). Der Verfasser wird sich selbst inconsequent, indem er S. 618 hinzufügt: „jedoch scheint dem Verpflichteten nicht benommen werden zu können, einen andern Weg anzuweisen, wenn dadurch die Erreichung des Zweckes der Servitut auf keine Weise erschwert wird." — Hat dann nicht gerade der Verpflichtete die Wahl?

Behörde eine angemessene Vorkehrung treffen[1]; doch hätte sich diese in die Auseinandersetzung streitiger Rechtsansprüche nicht einzulassen. Jedenfalls müßte bis zur Herstellung des vorigen Standes ein neuer Raum angewiesen werden, auf welchem die Servitut ausgeübt werden kann, da diese eben auf dem ganzen dienenden Gute haftet (§. 485), und es würde auch hier wieder im Streitfalle der Richter, nach Umständen unter Zuziehung von Sachverständigen, zu entscheiden haben. Dasselbe würde ohne Zweifel um so mehr Platz greifen, wenn die Unbrauchbarkeit des Weges u. s. w. durch Verschulden des Verpflichteten herbeigeführt wurde, nicht aber, wenn der Berechtigte selbst daran Schuld trägt, indem er z. B. die Brücke verfallen ließ u. dgl.

7. Nippel (Erläut. Bd. 3, S. 618) und Ellinger (Handb. S. 210) behaupten, daß eine Ausnahme von dem in Frage stehenden Grundsatze Platz greife, wenn dem Berechtigten gleich ursprünglich bei der Bestellung der Servitut ein bestimmter Raum angewiesen wurde und die auf diesem eigens angewiesenen Raume befindlichen Wege und Steige durch Zufall unbrauchbar werden, indem hier die Dienstbarkeit wirklich eingestellt werde (§. 525), und erst wieder auflebe, wenn die betreffenden Anlagen wieder hergestellt werden. Diese Ansicht scheint uns aber nicht stichhältig zu sein, denn der §. 495 macht durchaus keine darauf bezügliche Unterscheidung; auch kann man nicht sagen, daß in dem vorausgesetzten Falle nur der eigens angewiesene Raum dienstbar sei, denn das Gesetz spricht immer und überall nur von ganzen dienstbaren Gütern; endlich würde obige Ansicht auch in der Praxis zu den größten Unzukömmlichkeiten führen, da gerade bei den Wegservituten die Benützung des herrschenden Gutes ohne dieselben oft ganz unmöglich wird.

8. Unter die Wegservituten gehört auch die durch das Forstgesetz vom 3. December 1852 begründete Verpflichtung des Grundeigenthümers, Waldproducte, welche anders gar nicht oder nur mit unverhältnißmäßigen Kosten aus dem Walde geschafft und weiter gefördert werden könnten, über seine Gründe bringen zu lassen, worüber oben (S. 85) das nöthige bemerkt worden.

§. 496.

Recht, Wasser zu schöpfen.

Mit dem Rechte, fremdes Wasser zu schöpfen, wird auch der Zugang zu demselben gestattet.

1. Die Dienstbarkeit des Wasser-Schöpfens, welche sowohl als Feld-, wie auch als Hausservitut bestehen kann, begreift jedenfalls auch das Recht des Zuganges in sich, ohne welchen es nicht ausgeübt werden könnte, darf aber nicht auf das Recht des Fußsteiges oder der Viehtränke ausgedehnt werden. Ob anderseits mit dem Rechte des Zuganges zu einer Quelle auch das Befugniß, daraus zu schöpfen, stillschweigend zugestanden sei, müßte nach allgemeinen Auslegungsregeln beurtheilt werden.

2. Das Recht der Viehtränke (§. 477, Z. 2), welches von dem bloßen Rechte des Wasserschöpfens verschieden ist, muß nothwendig auch das Recht des Zutriebes zur Tränke enthalten.

3. Eine jede dieser Dienstbarkeiten kann, wenn eine hinreichende Wassermenge vorhanden ist, auch mehreren zugestanden werden (§. 486), im Collisionsfalle würde aber die Priorität der Erwerbung entscheiden (s. oben S. 94).

4. Ein Austrocknen des Brunnens oder Gewässers würde nach §. 525 die Dienstbarkeit wohl einstellen, aber nicht gänzlich aufheben, so lange noch die Möglichkeit vorhanden ist, daß der vorige Stand wieder hergestellt werde.

---

[1] S. §. 28 Blg. A der Minist. Vdg. v. 19. Jänner 1853, Nr. 10 des R. G. Bl.

§. 497.

Recht der Wasserleitung.

Wer das Recht hat, Wasser von fremdem Grunde auf den seinigen; oder, von seinem Grunde auf fremden zu leiten, ist auch berechtiget, die dazu nöthigen Röhren, Rinnen und Schleußen auf eigene Kosten anzulegen. Das nicht zu überschreitende Maß dieser Anlagen wird durch das Bedürfniß des herrschenden Grundes festgesetzt.

1. Das Recht, Wasser von fremdem Grunde auf den seinigen herzuleiten, ist in doppelter Weise denkbar, so daß nämlich das anderswoher (z. B. aus einem öffentlichen Flusse) kommende Wasser über den fremden Grund geleitet wird, der dann bloß den Boden für die Leitung gewährt, oder daß das Wasser zugleich aus dem fremden Grunde (aus einer auf demselben befindlichen Quelle, einem Teiche u. dgl.) entnommen wird. Das b. G. B. (wie auch das römische Recht) führt es als eine Felddienstbarkeit auf, weil es meistentheils zu einem landwirthschaftlichen Zwecke, zur Bewässerung der Gärten oder Wiesen, zur Viehtränke, zur Füllung eines Teiches u. dgl. dient; es kann aber auch als eine Hausdienstbarkeit bestellt werden, wenn es z. B. zum Gebrauche der Küche oder einer Fabrik ertheilt wird [1]).

2. Da das Recht zum Zwecke auch das Recht zu den angemessenen Mitteln (vgl. §§. 1009 und 1029) in sich begreifen muß, so ist der Servitutsinhaber auch berechtigt, die zum Bezuge des Wassers erforderlichen Leitungs-Anstalten, also Röhren, Rinnen, Schleußen, wohl auch Gräben und Canäle auf dem dienenden Grunde anzulegen; doch darf die Last des letzteren in keinem Falle erhöht, sie muß vielmehr nach Möglichkeit erleichtert werden (§§. 484 und 491). Es wäre daher z. B. nicht gestattet, das durch eine Wiese gezogene Rinnsal zu pflastern, weil es dadurch dem Graswuchse entzogen wird, u. dgl. [2]). Allerdings aber steht dem Servitutsinhaber das Recht zu, die erforderlichen Leitungs-Anstalten ausbessern zu lassen und zu diesem Ende die nöthigen Vorkehrungen zu treffen, z. B. die Rinnen von Schlamm, Sand, Steinen zu reinigen, längs derselben auf- und abzugehen, um sie zu untersuchen, u. s. w.

3. Was das Maß, sowohl der Anlagen, als des Wasserbezuges selbst betrifft, so muß dabei auf das Bedürfniß des herrschenden Grundes Rücksicht genommen werden; doch ist hierunter nicht bloß die strenge Nothwendigkeit, sondern dasjenige Maß zu verstehen, welches zur Erreichung eines bestimmten Zweckes erforderlich ist, mag dieser in der Befriedigung eines wirklichen Bedürfnisses gelegen sein, oder bloß in der Gewährung eines Vergnügens bestehen, wie wenn das Wasser zur Erhaltung von Springbrunnen in einem Garten verwendet würde (s. oben S. 80). Immer bleibt aber die Dienstbarkeit auf das herrschende Gut beschränkt und kann also nicht zum Vortheile eines andern, wenn gleich demselben Eigenthümer gehörigen Grundstückes benützt werden; doch hindert dieß nicht, daß der Servitutsberechtigte das Wasser, welches bereits in das herrschende Grundstück eingelaufen und dadurch sein Eigenthum geworden ist, auf was immer für eine Weise verwende, also unbenützt ablaufen lasse, oder aber auf ein angränzendes Grundstück leite, oder einem Anrainer entgeltlich oder unentgeltlich überlasse [3]).

4. Wäre die Dienstbarkeit der Wasserleitung mehreren zugestanden worden und die Wassermenge nicht hinreichend, um die Bedürfnisse aller zu befriedigen, so würde nach der allgemeinen Regel die Priorität der Erwerbung entscheiden, zwischen mehreren Gleichberechtigten aber eine verhältnißmäßige Vertheilung vorgenommen werden.

5. Hinsichtlich der zweiten im §. 499 enthaltenen Servitut, nämlich des Rechtes, das Wasser von seinem Grunde auf den fremden abzuleiten, gelten in

---

[1]) S. Schuster, Baurecht S. 392.
[2]) S. Schuster, a. a. O. S. 394.
[3]) S. Schuster, Baurecht S. 400.

Bezug auf die erforderlichen Anlagen und deren Erhaltung die eben erwähnten Vorschriften.

6. Die Bestimmungen über die zwangsweisen Wasserleitungen und über die Holztrift nach den Anordnungen des Forstgesetzes v. 3. December 1852 sind bereits oben (S. 85 und 88) angeführt worden.

In dieser Beziehung sind überhaupt die Anordnungen der in den einzelnen Königreichen und Ländern erflossenen Gesetze „über Benützung, Leitung und Abwehr der Gewässer" maßgebend. Die nähere Anführung derselben liegt außer dem Rahmen dieses Werkes; übrigens sind dieselben im 18. Bande der im Verlage dieses Werkes erscheinenden Taschenausgabe der österreichischen Gesetze enthalten.

§. 498.

Weiderecht.

Ist bei Erwerbung des Weiderechtes die Gattung und die Anzahl des Triebviehes; ferner, die Zeit und das Maß des Genusses nicht bestimmt worden; so ist der ruhige dreißigjährige Besitz zu schützen. In zweifelhaften Fällen dienen folgende Vorschriften zur Richtschnur.

§. 499.

Gesetzliche Bestimmung:

a) über die Gattung des Triebviehes;

Das Weiderecht erstreckt sich, in so weit die politischen und im Forstwesen gegebenen Verordnungen nicht entgegen stehen, auf jede Gattung von Zug-, Rind- und Schafvieh, aber nicht auf Schweine und Federvieh; eben so wenig in waldigen Gegenden auf Ziegen. Unreines, ungesundes und fremdes Vieh ist stets von der Weide ausgeschlossen.

§. 500.

b) dessen Anzahl;

Hat die Anzahl des Triebviehes während der letzten dreißig Jahre abgewechselt; so muß aus dem Triebe der drei ersten Jahre die Mittelzahl angenommen werden. Erhellet auch diese nicht; so ist theils auf den Umfang, theils auf die Beschaffenheit der Weide billige Rücksicht zu nehmen, und dem Berechtigten wenigstens nicht gestattet, daß er mehr Vieh auf der fremden Weide halte, als er mit dem auf dem herrschenden Grunde erzeugten Futter durchwintern kann. Säugevieh wird nicht zur bestimmten Anzahl gerechnet.

§. 501.

c) Triftzeit;

Die Triftzeit wird zwar überhaupt durch den in jeder Feldmarke eingeführten unangefochtenen Gebrauch bestimmt; allein in keinem Falle darf der vermöge politischer Bestimmungen geordnete Wirthschaftsbetrieb durch die Behüthung verhindert oder erschweret werden.

§. 502.

d) Maß des Genusses.

Der Genuß des Weiderechtes erstreckt sich auf keine andere Benützung. Der Berechtigte darf weder Gras mähen, noch in der Regel den Eigenthümer des Grundstückes von der Mitweide ausschließen, am wenigsten aber die Substanz der Weide verletzen. Wenn ein Schade zu befürchten ist, muß er sein Vieh von einem Hirten hüthen lassen.

1. Die Dienstbarkeit der Weide (servitus pascendi) besteht in dem Befugnisse, Vieh, welches zum ökonomischen Bedürfnisse des herrschenden Gutes und zum landwirthschaftlichen Gebrauche desselben gehört (§. 500), auf dem dienenden Grunde weiden, d. i. Futter suchen zu lassen[1]).

2. Bei der Ausübung dieses Rechtes, welches in alten Gesetzen und Urkunden häufig auch unter dem Namen des Hutrechtes oder der Blumensuche vorkömmt,

---

[1]) S. Schindler (Dr. K. E.): Ueber die Alpenrechte im Herzogthume Salzburg (Jurist, Bd. 13, S. 427), und Chiari (Jurist, Bd. 16, S. 403).

können mancherlei Zweifel entstehen, welche sich auf die Gattung des Triebviehes, auf die Zahl desselben, auf die zur Weide bestimmten Gründe, auf die Triftzeit und auf die Art des Genusses beziehen. Die Entscheidung hierüber muß zuvörderst aus den bei der Bestellung des Weiderechtes getroffenen Verfügungen, also aus dem dießfälligen Vertrage, der letztwilligen Anordnung oder dem richterlichen Ausspruche (§. 480) entnommen werden. Reichen diese nicht aus, so ist nach §. 498 „der ruhige dreißigjährige Besitz zu schützen". Diese (wahrscheinlich aus dem Tract. de jurib. incorp. Tit. 16. §. 13 hervorgegangene) Anordnung dürfte wohl nur darauf hindeuten, daß nach §. 1477 derjenige, der die Ersitzung auf einen Zeitraum von dreißig (oder vierzig) Jahren stützt, keiner Angabe des rechtmäßigen Titels bedarf, und daß Dienstbarkeiten, die den öffentlichen Büchern nicht einverleibt sind, zufolge §. 1470 erst nach dreißig Jahren ersessen werden. Im übrigen kömmt aber zu bemerken, daß nicht nur der dreißigjährige, sondern im allgemeinen **jeder** ruhige Besitz geschützt werden muß (§§. 323 und 344); inwiefern jedoch anderseits auch ein dreißigjähriger Besitz noch angefochten werden könne, wird sich bei der Erläuterung des §. 1477 zeigen. Sollte nun auch der ruhige Besitzstand keinen genügenden Anhaltspunkt geben, so dienen folgende Vorschriften des Gesetzes zur Richtschnur:

3. Was die **Gattung** des aufzutreibenden Viehes anbelangt, so erstreckt sich das Weiderecht, wenn nichts anderes bestimmt wurde, im allgemeinen auf Rindvieh, Pferde, Schafe und Ziegen (vgl. unten Z. 4)[1]; **Schweine** und **Federvieh** sind davon ausgeschlossen, weil erstere den Boden aufwühlen und letzteres durch seinen ätzenden Dünger dem Grunde schädlich wird. **Schweine** können übrigens zur Eichel- und Buchmast, wenn es insbesondere bedungen wurde, in die Waldungen eingetrieben werden, und es kommen derlei Fälle des s. g. **Mastrechtes** nicht selten vor.

4. Die **Zahl** des Triebviehes muß, wenn sie nicht ausdrücklich bestimmt oder durch langjährige Uebung festgesetzt ist, aus dem Triebe der **ersten drei Jahre** mittelst einer Durchschnittsberechnung festgestellt werden, indem die Summe der in jedem dieser drei Jahre auf die Weide getriebenen Viehstücke durch drei getheilt wird[2]); auf die **ersten** Jahre soll aber wohl deßhalb Rücksicht genommen werden, weil zu vermuthen ist, daß im Anfange die Dienstbarkeit ihrer ursprünglichen Bestellung gemäß ausgeübt wurde. Erhellet auch diese Anzahl nicht, so bleibt nichts übrig, als zu einer billigen Schätzung zu schreiten. Das Gesetz hat hier ein Princip aufgestellt, welches bereits in alten Hofrechten vielfach vorkömmt[3]), nämlich das s. g. **Auswinterungsprincip**, vermöge dessen wenigstens nicht mehr Vieh auf der Weide gehalten werden soll, als der Berechtigte mit dem auf dem herrschenden Gute erzeugten Futter durchwintern kann, weil eben auf das landwirthschaftliche Bedürfniß des herrschenden Gutes der Natur einer Grunddienstbarkeit zufolge hauptsächlich zu sehen ist (§§. 474, 483, 497). Dieser Grundsatz würde aber nicht ausreichen, wenn auf dem herrschenden Gute gar kein Viehfutter erzeugt würde; hier müßte im Wege der Schätzung vorgegangen und dabei ein Viehstand zur Grundlage genommen werden, welcher nach ökonomischen Principien den Verhältnissen des herrschenden Gutes entspricht. Jedenfalls käme aber auch auf den Umfang und die Beschaffenheit der Weide (des dienenden Gutes) billige Rücksicht zu nehmen, wie §. 500 hervorhebt. **Fremdes** Vieh ist nach §. 499 niemals zur Weide zuzulassen, weil dadurch die Dienstbarkeit gegen die Vorschrift des §. 484 erweitert oder gewissermaßen auf eine andere Person übertragen würde (§. 485), doch scheint hierunter der Fall nicht

---

[1]) Hierauf deutet schon der Ausdruck: „Vieh", worunter gewöhnlich nur jene zahmen Thiere verstanden werden, welche der Mensch zum landwirthschaftlichen Gebrauche um sich hält. — Vgl. **meine** Abhandlung über das dorfherrliche Weiderecht nach den im Erzherzogthume Oesterreich unter der Enns hierüber erflossenen Gesetzen und Verordnungen. Wien, 1845. S. 47.

[2]) Sollte sich hierbei ein **Bruchtheil** von $^1/_3$ oder $^2/_3$ ergeben, so würde der Servitutsinhaber berechtiget sein, abwechselnd alle 3 Jahre um 1 oder 2 Stücke mehr aufzutreiben.

[3]) S. **Mittermaier**, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechtes. §. 168, Bd. 1, S. 481. — **Weiske**, das Auswinterungsprincip bei der Hutungsservitut; im Archiv für praktische Rechtskunde. Zwickau, 1834.

begriffen zu sein, wenn der Servitutsberechtigte das zur Landwirthschaft nothwendige Vieh in Bestand genommen hat, weil er solches nicht eigenthümlich besitzt. Vieh, welches bloß zum Handel bestimmt ist, darf nicht aufgenommen werden. Säugevieh dagegen ist (nach §. 500) nicht in Anschlag zu bringen, weil es seine Nahrung nicht unmittelbar aus der Weide, sondern eigentlich vom Mutterthiere empfängt. Eine weitere Bestimmung enthält der §. 502, daß nämlich der Eigenthümer des Grundstückes in der Regel von der Mitweide nicht ausgeschlossen werden dürfe (s. oben S. 91). Doch findet hiervon eine Ausnahme statt, a) wenn der Eigenthümer selbst darauf verzichtete, indem er bei der Servitutsbestellung dem Berechtigten das ausschließende Hutungsrecht zugestand; b) wenn von Seite des Servitutsinhabers das Verbietungsrecht besonders erworben (allenfalls nach §. 1459 ersessen) worden wäre; c) würde im Laufe der Zeiten die Weide (z. B. durch Ueberschwemmung u. dgl.) dergestalt verringert worden sein, daß sie nicht mehr für beide Viehherden (des Grundeigenthümers und des Servitutsinhabers) ausreicht, so käme zu unterscheiden, ob die Zahl des Triebviehes bestimmt ist oder nicht. Im ersten Falle scheint in Anwendung des §. 485 der Grundeigenthümer dem Servitutsberechtigten weichen zu müssen. Nippel (Erläut. Bd. 3, S. 634) ist zwar der entgegengesetzten Ansicht. Er sagt nämlich: die Servitut der Weide sei in der Regel nur eine bejahende Servitut; sie könne demnach nicht eigenmächtig auf die verneinende Dienstbarkeit ausgedehnt werden, den Eigenthümer von der Mitweide auszuschließen, die ihm nach §. 362 in Folge seines Eigenthumsrechtes zusteht. Es trete vielmehr hier ein ähnliches Verhältniß, wie beim Pfandrechte ein, welches mehreren Personen auf eine Sache dergestalt zusteht, daß unter ihnen kein Vorzug statthat. Das Weiderecht sei als eine beiden Theilen gemeinschaftlich angehörige Sache zu betrachten. Der durch eine zufällige Verringerung der Weide herbeigeführte Nachtheil müsse also beide treffen und könne nicht bloß auf Rechnung des einen Miteigenthümers fallen. — Allein die Ausschließung des Eigenthümers von der Mitweide erfolgt in dem vorausgesetzten Falle nicht kraft einer (freilich nicht vorhandenen) verneinenden Servitut, sondern weil sich die Ausübung des Eigenthumsrechtes in dieser Hinsicht als unvereinbar mit dem Rechte der Dienstbarkeit herausstellt, und das ist ja eben das Wesen der Servitut, daß sie eine Beschränkung des Eigenthums herbeiführt, die bald mehr, bald minder ausgedehnt ist. Ebenso dürfte die Analogie mit dem Pfandrechtsfalle durchaus nicht stichhältig sein, sondern es tritt vielmehr ein gleiches Verhältniß ein, wie es bei dem Pfandrechte stattfindet, wenn der Eigenthümer seine Sache dem Pfandgläubiger ganz überlassen muß, weil sie zu seiner Befriedigung nothwendig ist[1]; endlich kann der Fall einer Belastung des Eigenthums mit jenem einer Gemeinschaft desselben nicht in eine Parallele gestellt werden. — Ist dagegen die Anzahl des Weideviehes nicht bestimmt, so müßte allerdings nach §. 500 auf den Umfang des dienenden Gutes billige Rücksicht genommen werden und demnach eine verhältnißmäßige Verminderung der Viehheerde sowohl des Servitutsberechtigten, als des Grundeigenthümers stattfinden.

5. Was die Gattung der Gründe anbelangt, so ist, wie bei der Gattung des Weideviehes, vor allem auf die ursprünglich getroffenen Bestimmungen zu sehen; gewähren aber diese keinen hinreichenden Anhaltspunkt, so kann das Weiderecht der Natur der Sache nach nur auf den eigentlich zur Viehweide bestimmten öden Gründen (den s. g. Hutweiden, Weiden im eng. S.), dann in Waldungen (jedoch mit Ausschluß der Ziegen nach §. 499), ferner auf den Stoppelfeldern (d. i. jenen Gründen, von denen die Ernte bereits eingebracht ist), und auf Brachfeldern (d. i. jenen Gründen, die zeitweilig unbebaut gelassen werden, damit sich der Boden erholen könne) ausgeübt werden[2], keineswegs aber auf Wiesen[3], in Wein-

[1] S. Winiwarter, bürg. Recht Bd. 2, S. 319.

[2] Vgl. das Pat. vom 24. März 1770, Abs. 4, Pat. vom 10. Februar 1783 und Hfd. vom 27. April und 11. Mai n. J. und meine o. a. Abhandlung, S. 38.

[3] Schon die Vdg. vom 14. Jänner 1775 bestimmte, daß der Viehtrieb auf die Wiesen im Früh-

gärten[1]) und auf Saatfeldern, so lange die Früchte noch nicht eingebracht sind[2]). Uebrigens darf der Eigenthümer des dienstbaren Grundes in der Bewirthschaftung seiner Felder nicht beschränkt, also auch nicht gehindert werden, die Bauart derselben zu verändern, wofern nur dadurch die Ausübung der Weide nicht unmöglich gemacht würde. Insbesondere kann ihm das Recht nicht abgesprochen werden, den Brachschlag wirthschaftlich zu benützen, d. h. die Brachfelder mit Futterkräutern, Hülsen- oder anderen Früchten zu bebauen, wofern er sich nicht durch einen besonderen Vertrag zum Gegentheile verbindlich gemacht hätte[3]).

6. Die Triftzeit wird durch den in jeder Feldmarke eingeführten unangefochtenen Gebrauch bestimmt. Man unterscheidet in dieser Beziehung s. g. offene und geschlossene Zeiten, in welch' letzteren das Hutungsrecht nicht ausgeübt werden darf. Dieß bezieht sich hauptsächlich auf jene Gründe, welche mit Früchten bebaut werden und daher nicht früher der Beweidung unterliegen, als bis die Ernte vollständig eingebracht ist; dann auf die Wiesen, wenn das Abweiden derselben ausdrücklich zugestanden wurde, wo in Ermanglung einer anderen Bestimmung die oben erwähnte Vorschrift vom 14. Jänner 1775 zur Anwendung kommen müßte; endlich auf Waldungen; hinsichtlich der letzteren verfügt §. 10 des Forstgesetzes vom 3. December 1852, daß die Waldweide in den zur Verjüngung bestimmten Waldtheilen, in welchen das Weidevieh dem bereits vorhandenen oder erst anzuziehenden Nachwuchse des Holzes verderblich wäre (Schonungsflächen, Hege-Orte), nicht ausgeübt und in die übrigen Waldtheile nicht mehr Vieh eingetrieben werden dürfe, als daselbst die erforderliche Nahrung findet. Die Schonungsflächen sollen in der Regel bei dem Hochwaldbetriebe mindestens ein Sechstel und bei dem Nieder- und Mittelwaldbetriebe mindestens ein Fünftel der gesammten Waldfläche betragen.

7. Was die Art des Genusses anbelangt[4]), so erstreckt sich das Weiderecht nur auf das Recht, Vieh auf das dienstbare Grundstück zu treiben, damit es daselbst sein Futter suche[5]), keineswegs aber auf eine andere Benützung. Der Weideberechtigte darf also nicht das auf der Weide wachsende Gras abmähen, wenn auch nur nach Maßgabe des Viehauftriebes, zu welchem er berechtigt wäre; er darf weder Holz fällen, noch Rohr oder Schilf schneiden, am wenigsten aber die Substanz der Weide verletzen, also Torf stechen, Steine brechen, Lehm graben, einen Ziegelofen oder eine Kalkbrennerei errichten u. dgl. Ueberhaupt muß die Ausübung des Weiderechtes auf solche Art geschehen, daß dadurch dem Eigenthümer des dienstbaren Gutes kein irgend vermeidbarer Schade zugefügt werde (vgl. §§. 484, 488, 489 u. 491). Es ist daher die nöthige Vorsicht anzuwenden, damit das Vieh, wenn es auf die Weide getrieben wird, oder daselbst angelangt ist, nicht durch Abweiden der Saaten oder sonst bebauter Strecken, welche sich in der Nähe des Weidegrundes befinden, nachtheilig werde, daß es sich nicht verlaufe und in Waldungen, Weingärten oder

---

jahre gänzlich eingestellt, zur Herbstzeit, aber nicht vor Michaelis, vorgenommen, und auf nasse Wiesen zu keiner Zeit gestattet werden solle; später aber verfügte das Hfkzld. vom 8. Mai 1831 (pol. G. S. Bd. 59, S. 78), daß es zwar dem Eigenthümer frei bleibe, seine Wiesen durch eigenes Vieh zu was immer für einer Zeit abweiden zu lassen, daß jedoch das Abweiden aller Wiesen ohne Ausnahme und zu jeder Jahreszeit dort untersagt werde, wo es wider den Willen des Eigenthümers geschieht, und wo keine Privatverträge, Urbarien oder sonstige Rechtstitel diese Beweidung gestatten.

[1]) Hofref. von 1772 bei Donner, Einleitung zur Kenntniß der österr. Rechte, Bd. 2, S. 76.

[2]) Um zu verhüten, daß das Abweiden der Saaten durch Viehherden sowohl einzelnen Grundeigenthümern, als auch und vorzüglich dem allgemeinen Besten nicht nachtheilig werden könne, wurde mit Hfkzld. vom 24. März 1819 (pol. G. S. Bd. 47, S. 84) unter der Ausnahme, daß jedem Grundeigenthümer frei bleibt, seine eigenen Saaten durch sein eigenes Vieh abweiden zu lassen, das Abweiden der Saaten durch Viehheerden allgemein dort verboten, wo es wider den Willen des Eigenthümers geschieht, und wo keine Privatverträge, Urbarien oder sonstige Rechtstitel so eine Beweidung gestatten.

[3]) Nied. österr. Rggsvdg. vom 2. September 1790 (Kropatschek'sche G. S. Bd. 2, S. 29). — Vgl. auch den von A. Jancizek im Juristen (Bd. 7, S. 304) dargestellten Rechtsfall in Betreff der Weideausübung auf den zufolge des Dreifelderwirthschafts-Sistems in die Brache fallenden, jedoch mit Futterkräutern oder auf eine andere Art bebauten Grundstücken.

[4]) Die Marginalinschrift des §. 502 bedient sich des nicht ganz entsprechenden Ausdruckes: Maß des Genusses. — Von diesem war schon in den vorhergehenden §§., insbesondere im §. 500, die Rede.

[5]) Deßhalb wird in den alten Gesetzen der Ausdruck Viehtrieb häufig für gleichbedeutend mit Weiderecht gebraucht, z. B. Tract. de jur. incorp. Tit. 3, §. 5.

Wiesen durch seinen Einbruch etwas verderbe[1]); deßhalb soll, wenn es nothwendig ist, das Vieh nicht einzeln, sondern herdenweise, und zwar unter der Aufsicht eines Hirten geweidet werden[2]). In gleichem Sinne verfügt auch das mehrerwähnte Forstgesetz §. 10, daß die Weideberechtigten das Weidevieh durch Aufstellung von Hirten oder in anderer angemessener Weise von den Schonungsflächen abzuhalten haben, und daß es, insoweit es zulässig erscheint, nicht vereinzelt, sondern gemeinschaftlich weiden soll. Auch hat der Viehtrieb mit Rücksicht auf die nöthige Waldschonung und nach Erforderniß auch auf Umwegen zu geschehen[3]). Endlich muß auch aus diesem Grunde unreines und ungesundes Vieh nach §. 499 jederzeit von der Weide ausgeschlossen werden.

§. 503.

Anwendung dieser Bestimmungen auf andere Servituten.

Was bisher in Rücksicht auf das Weiderecht vorgeschrieben worden, ist verhältnißmäßig auch auf die Rechte des Thierfanges, des Holzschlages, des Steinbrechens und die übrigen Servituten anzuwenden. Glaubt jemand diese Rechte auf das Miteigenthum gründen zu können; so sind die darüber entstehenden Streitigkeiten nach den in dem Hauptstücke von der Gemeinschaft des Eigenthumes enthaltenen Grundsätzen zu entscheiden.

1. Die Bestimmungen in Ansehung der Ausübung des Jagdrechtes (des Rechtes des Thierfanges) sind bereits im I. Bd. S. 473 ff. berührt worden.

2. Hinsichtlich der Waldservituten enthält das Forstgesetz v. 8. December 1852 nachstehende Verfügungen: Wälder, auf welchen Einforstungen lasten, müssen nicht bloß erhalten, sondern auch in angemessener Betriebsweise nachhaltig bewirthschaftet werden. Die Art und Größe der Waldnutzungen in derlei Wäldern bestimmt der nach diesem Grundsatze auf Verlangen des Berechtigten oder Belasteten festzustellende Wirthschaftsplan, welcher aber ebenfalls nur auf Verlangen des einen oder des andern von der Kreisbehörde, und wo keine solche in irgend einem Kronlande besteht, von der untersten politischen Behörde, nach Anhörung beider Theile und auf Grund eines von unparteiischen Sachverständigen verfaßten oder überprüften Entwurfes festgesetzt wird. Stellt sich überhaupt oder bei dieser Gelegenheit heraus, daß der Berechtigte und Belastete bloß über die Art und Weise der Ausübung einer an sich unbestrittenen Einforstung nicht übereinstimmen, so gebührt die Entscheidung den obenerwähnten politischen Behörden (§. 9). Bodenstreu darf, insofern sie aus abgefallenen Blättern (Laub oder Nadeln) und Moos besteht, nur mit hölzernen Rechen gesammelt werden und es ist keineswegs gestattet, mit denselben auch die Erde (den Boden selbst) aufzukratzen und zu sammeln. Heide, Heidelbeeren, Besenpfriemen, Ginster und andere derlei Gewächse, welche als Streumateriale benützt werden, dürfen nur mit Schonung der inzwischen befindlichen Holzpflanzen abgeschnitten werden. In Durchforstungsschlägen hat die Gewinnung der Bodenstreu gänzlich zu unterbleiben. Ebenso in Verjüngungsschlägen, wenn dadurch die Wiederanzucht des Holzes gefährdet würde (§. 11). Die Aststreu (Schneitelstreu, Hackstreu, Graßet), wo solche üblich, ist zunächst in den Fällungsorten (Abtriebs- und Durchforstungsschlägen, Plenterungen) zu gewinnen. Von gefällten Stämmen kann die ganze Veräſtlung, von noch stehenden, aber zur Fällung bestimmten Stämmen dürfen dagegen nur die untern zwei Drittel entnommen werden. Die zur Fällung nicht bestimmten Stämme dürfen in den Fällungsorten gar nicht geschneitelt werden. Die zwischen den starken Aesten befindlichen schwächeren Aestchen (Lebenszweige) müssen stehen bleiben. An Bäumen, welche nicht zur alsbaldigen Fällung bestimmt sind,

[1]) Vdg. vom 2. Jänner 1769.

[2]) §. 502 und Vdg. vom 25. Februar 1785, 2. Jänner 1787, 10. April 1788 und 2. Sept. 1790.

[3]) In diesem Sinne wurde auch entschieden, daß der Weideberechtigte den Aufwand für diejenigen Anstalten zu tragen habe, welche von den politischen Behörden für die Ausübung der Weide vorgezeichnet werden. (A. öst. G. Ztg. 1854, Nr. 78.)

kann das Schneiteln nur vom Monate August bis Ende März, jedoch mit Ausschluß der strengsten Winterszeit, stattfinden; hierbei ist die Benützung von Steigeisen verboten (§. 12). Die Streugewinnung darf höchstens jedes dritte Jahr auf derselben Stelle wiederholt und nie auf Boden- und Aststreu zugleich ausgedehnt werden. Die Benützung junger Holzpflanzen als Streumateriale ist dagegen nach dem Ermessen des Besitzers gestattet (§. 13). Nach Maßgabe der eben erwähnten Bestimmungen haben die Besitzer von Wäldern, auf welchen Einforstungen lasten, den Berechtigten das ihnen gebührende an Holz oder Streu nach vorausgegangener Anmeldung zur angemessenen Zeit anzuweisen und die ausgewiesenen Schonungsflächen mit entsprechenden Hegezeichen zu versehen. Tag und Ort der Anweisung, sowie die erfolgte Ausscheidung der Schonungsflächen sind den Berechtigten von den Waldbesitzern durch die Gemeindevorsteher gehörig bekannt zu geben. Zu nachträglichen Anweisungen innerhalb des Umfanges der betreffenden Einforstungen sind die Waldbesitzer nur dann verpflichtet, wenn unvorhergesehene Ereignisse solche nothwendig machen (§. 14). Die Anweisung des Holzes hat bei stehenden, stärkeren Baumstämmen in deren Bezeichnung mit dem Waldhammer, bei schwächeren Stämmen und Stangen in der genauen Erklärung und beispielsweisen Bezeichnung desjenigen, was hinweggenommen werden dürfe, bei Lager- und Abholz (Abraumholz) in der Vorweisung desselben an Ort und Stelle und bei Stock- und Wurzelholz, sowie bei Raff- und Klaub- oder Leseholz in der Bezeichnung der Orte, wo das Holz zu gewinnen sei, zu bestehen (§. 15). Wo es die Schonung des Nachwuchses erheischt, muß die Gewinnung des Holzes im Herbste oder im Winter bei Schnee erfolgen und die Aufarbeitung und Bringung des Holzes der Fällung ohne Verzug angereiht werden. Im übrigen darf das Holz auch im Frühjahre und Sommer gewonnen werden, es ist jedoch alsdann spätestens vor Beginn des nächsten Frühjahres aus dem Walde zu schaffen. Das im Safte und zur Zeit der Belaubung gefällte Holz ist mit Ausnahme des Prügel- und Astholzes sogleich, das nach Abfall des Laubes gefällte wenigstens vor Ausbruch des neuen Laubes ganz oder streifenweise zu entrinden, aufzuspalten oder zu behauen (zu beschlagen). Bei dem Abhiebe der zu fällenden Bäume dürfen die Stöcke nicht überflüssig hoch gelassen werden. Jede Beschädigung nebenstehender Bäume und jungen Holzes muß bei der Fällung, Aufarbeitung und Bringung des Holzes vermieden werden. Dasselbe gilt für das Aus- und Abbringen der Streu, welche spätestens drei Monate nach ihrer Gewinnung aus dem Walde zu schaffen ist. Diese Verfügungen sind den Berechtigten bei der Anweisung von Holz und Streu in Erinnerung zu bringen (§. 16). Alle Forstproducte müssen auf den bleibenden oder sonst angemessenen, vom Waldbesitzer zu bezeichnenden Wegen, Erdriesen oder Erdgefährten aus dem Walde geschafft werden. Der Waldbesitzer kann ferner verlangen, daß das gewonnene Holz vor der Bringung aus dem Walde von ihm oder seinem Forstpersonale markirt werde, daß sich die Berechtigten über die ihnen zu verabfolgenden Forstproducte Anweisezettel ausstellen lassen, welche bei dem Bezuge dieser Producte auf Verlangen vorzuzeigen sind, und daß deren richtiger Empfang von den Berechtigten bestätigt werde. Ueber Forstproducte, welche die Berechtigten nach Ablauf der festgesetzten Zeit und ungeachtet einer von dem Waldbesitzer mit Festsetzung einer Frist von längstens vierzehn Tagen zu veranlassenden Mahnung nicht aus dem Walde geschafft haben, hat der Waldbesitzer zu verfügen (§. 17). Ueber Zweifel, Anstände und Streitigkeiten, welche sich in Wäldern, die mit Einforstungen belastet sind, rücksichtlich der Anwendung der im vorstehenden enthaltenen Bestimmungen ergeben, haben die politischen Behörden, mit Ausschluß des Rechtsweges, zu entscheiden. Waldbesitzer, welche diesen Bestimmungen und den bezüglichen Anordnungen der politischen Behörden zuwider handeln, sind für jeden einzelnen Fall mit einer, von der politischen Behörde auszusprechenden Strafe von 20 bis 200 fl. C. M. zu belegen. Uebertretungen der Eingeforsteten sind als Forstfrevel anzusehen und zu bestrafen (§. 18).

3. Verschieden von dem Rechte der Dienstbarkeit, welche immer nur in einer fremden Sache (s. oben S. 79) bestehen kann, ist das Miteigenthum, auf welches nicht die Vorschriften des gegenwärtigen Hauptstückes, sondern jene (des 16. Hauptstückes) über die Gemeinschaft des Eigenthumes und andere dinglichen Rechte anzuwenden sind.

§. 504.

Persönliche Dienstbarkeiten; insbesondere 1. das Recht des Gebrauches;

Die Ausübung persönlicher Servituten wird, wenn nichts anderes verabredet worden ist, nach folgenden Grundsätzen bestimmt: Die Servitut des Gebrauches besteht darin, daß jemand befugt ist, eine fremde Sache, ohne Verletzung der Substanz, bloß zu seinem Bedürfnisse zu benützen.

1. Der Unterschied zwischen den persönlichen und den Grund-Dienstbarkeiten ist bereits oben (S. 81) hervorgehoben worden. Beide gehören zu den dinglichen Rechten; es sind daher die Bestimmungen der §§. 482—486 im allgemeinen allerdings auch auf die persönlichen Servituten anwendbar; doch erleiden sie durch die eigenthümliche Beschaffenheit derselben mancherlei, nunmehr näher zu erörternde Modificationen.

2. Die in den nachfolgenden §§. enthaltenen Bestimmungen haben nur für den Fall zu gelten, als bei Bestellung der Dienstbarkeit durch Vertrag oder letztwillige Anordnung nichts anderes verabredet wurde. Es steht mithin den Parteien allerdings frei, derlei Bestimmungen zu treffen, doch werden die Abweichungen von der Natur einer Servitut nicht vermuthet (§. 479), wer sie behauptet, müßte sie also beweisen. Auf keinen Fall aber könnte etwas festgesetzt werden, was entweder einem Verbotsgesetze zuwider läuft, oder dem Wesen der betreffenden Dienstbarkeit widerstreitet.

3. Die Benützung einer Sache läßt sich überhaupt in doppelter Weise denken, jenachdem sie sich nämlich auch auf Bezug der Früchte erstreckt, oder nur eine anderweitige vortheilhafte Verwendung darunter verstanden wird[1]). So kann z. B. ein Weidegrund bloß zur Leinwandbleiche oder auch zur Viehweide benützt werden. Im römischen Rechte scheint nun das Verhältniß der servitus usus zur servitus usus fructus dahin zu bestehen, daß der usus, wenigstens in der Regel, kein Befugniß auf den Bezug der Früchte gibt, während der ususfructus in dem Rechte besteht, eine fremde Sache, mit Schonung der Substanz, ohne alle Einschränkung zu benützen, also auch die Früchte derselben sich zuzueignen. Der Unterschied zwischen beiden ist also ein qualitativer, in der Art der Benützung gelegener. Die ältere Ansicht der Civilisten ging jedoch dahin, daß die beiden genannten Dienstbarkeiten bloß quantitativ von einander verschieden seien, daß also auch der usus (nicht bloß ausnahmsweise, sondern seinem Begriffe nach) das Recht zum Bezug der Früchte ertheile, daß er aber auf das persönliche Bedürfniß des Berechtigten eingeschränkt sei, während bei dem ususfructus eine solche Einschränkung nicht Platz greift. Dieser Auffassung ist unser a. b. G. B. gefolgt; es versteht also unter der Dienstbarkeit des Gebrauches (usus) das Befugniß, eine fremde Sache, ohne Verletzung der Substanz, bloß zu seinem Bedürfnisse, zu benützen, und unter der Fruchtnießung (§. 509) das Recht, eine fremde Sache mit Schonung der Substanz, ohne alle Einschränkung zu genießen. Der Unterschied zwischen beiden Dienstbarkeiten liegt also in dem Umfange, nicht in der Art der Benützung, und diese erstreckt sich auch beim Gebrauche auf den Bezug der Früchte, nicht bloß auf eine anderweitige Verwendung zum Vortheile des Berechtigten, die sonst mit dem Ausdrucke „Gebrauch" im engeren Sinne bezeichnet zu werden pflegt.

---

[1]) Letztere Art der Benützung wird an manchen Stellen unseres G. B. mit dem Ausdrucke „Gebrauch" bezeichnet, so in den §§. 971 u. ff., dann 287, 494, 674, 1105, 1107, 1119, 1372. Ueber die Bedeutung des Wortes „Gebrauch" im §. 504 u. ff. siehe oben im Contexte.

4. Gegenstand des Gebrauches können sowohl körperliche, als unkörperliche Sachen (Rechte, Forderungen) sein; nur nicht wieder ein Dienstbarkeitsrecht, wie schon oben S. 80 angedeutet wurde. Ingleichen sind bewegliche Sachen nicht minder als unbewegliche, und verbrauchbare eben so gut als unverbrauchbare Sachen geeignet, das Object des Gebrauchsrechtes zu bilden; bei verbrauchbaren Sachen aber ist es eigentlich nur ihr Werth (§. 510), der als das Object des Gebrauches (oder der Fruchtnießung) anzusehen kömmt, so daß das Eigenthum der Sache an den Gebrauchsberechtigten übergeht, und dieser nur verpflichtet wird, nach geendigtem Gebrauche den Schätzungswerth zu vergüten, nicht etwa nach seiner Wahl eine Sache von derselben Gattung und Güte und von gleicher Quantität zurückzugeben. Deßhalb kann der Berechtigte mit dem baren Gelde, dessen Gebrauch ihm eingeräumt wurde, nach seinem Bedürfnisse verfügen; wird aber ein bereits anliegendes Capital zum Gebrauche verwilligt, so darf der Berechtigte nur die Zinsen fordern (s. unten die Erläut. des §. 510).

5. Der Gebrauchsberechtigte hat das Befugniß, von der, mit der Dienstbarkeit belasteten Sache den ordentlichen Gebrauch zu machen, wie sich aus der Analogie des §. 972 und aus allgemeinen Interpretationsgrundsätzen (§§. 6, 655 und 914) ergeben dürfte; er könnte also ein ihm zum Gebrauche übergebenes Pferd wohl zum Reiten, nicht aber zu einem Wettrennen benützen. Daß er auch die Früchte zu beziehen, berechtigt sei, also von Schafen oder Rindvieh nicht nur den Dünger, sondern auch Wolle und Milch sich aneignen könne, ist schon oben (S. 108) erörtert worden. Zweifelhafter ist die Sache in Ansehung der Jungen eines Thieres. Nippel (Erläut. Bd. 3, S. 648) spricht sie dem Gebrauchsberechtigten ab, weil sie zu den außerordentlichen Nutzungen gehören; allein wenn Gebrauch und Fruchtnießung bloß quantitativ verschieden sind — nämlich hinsichtlich der Beschränkung oder Nichtbeschränkung auf das Bedürfniß des Berechtigten — und wenn der §. 511 dem Fruchtnießer das Recht auf den sowohl gewöhnlichen als ungewöhnlichen Ertrag einräumt, so ist nicht abzusehen, warum dem Gebrauchsberechtigten der Anspruch auf das Junge nicht zugestanden werden sollte, zumal auch §. 405 dasselbe mit den übrigen „Nutzungen, welche aus einem Thiere entstehen", vollkommen gleich hält.

§. 505.

Bestimmung in Rücksicht der Nutzungen;

Wer also das Gebrauchsrecht einer Sache hat, der darf, ohne Rücksicht auf sein übriges Vermögen, den seinem Stande, seinem Gewerbe und seinem Hauswesen angemessenen Nutzen davon ziehen.

§. 506.

Das Bedürfniß ist nach dem Zeitpuncte der Bewilligung des Gebrauches zu bestimmen. Nachfolgende Veränderungen in dem Stande oder Gewerbe des Berechtigten geben keinen Anspruch auf einen ausgedehnteren Gebrauch.

1. Da die Servitut des Gebrauches auf das Bedürfniß des Berechtigten eingeschränkt ist, so war es nothwendig, die erforderlichen Anhaltspunkte für die Bestimmung desselben anzugeben. Sie liegen nach dem Gesetze nicht in dem Vermögen des Berechtigten, wohl aber in seinem Stande, d. i. in seiner bürgerlichen Stellung, in seinem Gewerbe, d. i. in der Beschäftigungsweise, durch welche er sich seinen Unterhalt erwirbt, und in seinem Hauswesen, d. h. in der Rücksicht auf seine Familie und seine Dienstleute.

2. Da diese Momente wandelbar sind, so wurde im §. 506 die Bestimmung getroffen, daß dabei auf den Zeitpunkt der Bestellung des Gebrauches zu sehen sei, weil der Besteller eben nur die damals obwaltenden Verhältnisse vor Augen haben konnte. Veränderungen im Stande oder Gewerbe des Berechtigten können ihm also keinen Anspruch auf einen ausgedehnteren Gebrauch geben, zumal Dienst-

barkeiten überhaupt nach §. 484 nicht erweitert werden dürfen. Dagegen scheint eine Veränderung im Hauswesen, also eine Vermehrung der Familie, und die dadurch nothwendig gewordene Aufnahme von Dienstleuten allerdings berücksichtiget werden zu müssen, weil solche Veränderungen im natürlichen Laufe der Dinge liegen, daher von dem Besteller der Dienstbarkeit vorausgesehen werden konnten, weßhalb auch der §. 506 dieses Momentes nicht erwähnt. Ebenso würde eine bloße Erweiterung des Gewerbes auf einen durch den umfangreicheren Betrieb desselben nothwendig gewordenen ausgedehnteren Gebrauch allerdings Anspruch geben; dagegen würde aber umgekehrt die Servitut durch eine nachgefolgte Verringerung des Bedürfnisses, mag diese in den Standes-, Erwerbs- oder Familien-Verhältnissen des Berechtigten ihren Grund haben, eine angemessene Beschränkung erleiden (§. 484).

§. 507.

[Bestimmung in Rücksicht] der Substanz;

Der Berechtigte darf die Substanz der ihm zum Gebrauche bewilligten Sache nicht verändern; er darf auch das Recht an keinen Anderen übertragen.

1. Der Gebrauchsberechtigte darf die Substanz der ihm zum Gebrauche bewilligten Sache weder verletzen (§. 504), noch verändern, weil dadurch dem Interesse des Eigenthümers zu nahe getreten würde. Wenn aber der Gebrauch ohne Abnützung der Sache nicht gemacht werden könnte, so ist er nicht dafür verantwortlich (§. 1305). Daß verbrauchbare Sachen an sich selbst kein Gegenstand des Gebrauches sind, sondern nur ihr Werth, daher sie allerdings in das Eigenthum des Berechtigten übergehen, und von demselben aufgezehrt werden können, ist bereits oben (S. 109) bemerkt worden.

2. Daß der Gebrauchsinhaber sein Recht an keinen andern übertragen dürfe, folgt schon aus §. 485. Aus den S. 92 erörterten Gründen scheint aber hervorzugehen, daß er auch die Ausübung desselben (wenngleich in einem auf seinen subjectiven Bedarf beschränkten Maße) nicht einem dritten überlassen dürfe. Wir können deßhalb auch der Ansicht Zeiller's (Comment. Bd. 2, S. 334) und Nippel's (Erläut. Bd. 3, S. 651) nicht bestimmen, wenn sie behaupten, daß in dem Falle, als der Berechtigte wegen einer unwillkürlichen Veränderung (z. B. Versetzung in einen entfernteren Ort) von seinem Rechte (z. B. das nöthige Brennholz in einem Walde zu schlagen) keinen Gebrauch machen könnte, ihm, damit die wohlthätige Absicht des Verleihers nicht verloren gehe, zu gestatten wäre, daß er die Ausübung des Rechtes, jedoch nur in dem Maße und Umfange, als er es selbst hätte ausüben können, auf einen andern gegen Abfindung überlasse. Uns scheint vielmehr in diesem Falle die Dienstbarkeit eingestellt zu werden (Analogie aus §. 525).

3. Dagegen kann wohl dem Gebrauchsberechtigten die Befugniß nicht abgesprochen werden, auch andere an seinem Gebrauche Theil nehmen zu lassen, also z. B. in einem Hause nicht nur allein, sondern auch mit seinen Angehörigen zu wohnen; keineswegs aber es ganz oder theilweise zu vermiethen. Ebensowenig scheint ihm gestattet werden zu können, daß er die bezogenen Füchte (z. B. das geschlagene Holz), wiewohl sie in sein Eigenthum übergehen, veräußere, weil dadurch das Maß seines Bedürfnisses überschritten würde.

§. 508.

[Bestimmung in Rücksicht] der Lasten;

Alle Benützungen, die sich ohne Störung des Gebrauchsberechtigten aus der Sache schöpfen lassen, kommen dem Eigenthümer zu Statten. Dieser ist aber verbunden, alle ordentliche und außerordentliche, auf der Sache haftende Lasten zu tragen, und sie auf seine Kosten in gutem Stande zu erhalten. Nur wenn die Kosten denjenigen Nutzen übersteigen, der dem Eigenthümer übrig bleibt, muß der Berechtigte den Ueberschuß tragen, oder vom Gebrauche abstehen.

1. Die Dienstbarkeit des Gebrauches enthält, wie jede Dienstbarkeit, nur eine Beschränkung des Eigenthums der dienstbaren Sache, hebt aber dasselbe nicht auf. Dem Eigenthümer muß also nach wie vor jede Verfügung über seine Sache gestattet werden (§. 362), welche sich ohne Störung des Gebrauchsberechtigten machen läßt. Er kann also nicht nur über die Substanz der Sache verfügen, dieselbe (versteht sich mit der Last der Dienstbarkeit) veräußern, die ihm zweckmäßig scheinenden Veränderungen und Verbesserungen an derselben vornehmen u. dgl., sondern auch alle Früchte beziehen, welche nach Befriedigung der Bedürfnisse des Gebrauchsinhabers noch erübrigen. Er darf dagegen nichts vornehmen, was den letzteren in der Ausübung seines Rechtes beeinträchtigen würde; und kann daher auch der Sache nur insoweit eine neue Dienstbarkeit auflegen, als die älteren Rechte des Usuars nicht darunter leiden.

2. Die ordentlichen sowohl als außerordentlichen auf der Sache haftenden Lasten, also Steuern, Gemeindeabgaben, Einquartierungslasten, die Zinsen der darauf eingetragenen Capitalien (vgl. §. 512) u. dgl. hat der Eigenthümer zu tragen, während sie bei der Fruchtnießung nach §. 512 dem Fruchtnießer zufallen.

3. Die Erhaltungskosten werden im §. 508 ebenfalls dem Eigenthümer, im §. 512 dagegen dem Fruchtnießer auferlegt. Erstere Verfügung bildet eine Ausnahme von der Regel des §. 482 und §. 483, welche wohl deßhalb getroffen wurde, weil die dem Eigenthümer noch erübrigenden Rechte und Nutzungen gewöhnlicher Weise den im Umfange und in der Dauer beschränkten Genuß des Gebrauchsberechtigten in solchem Maße überwiegen, daß letzterer kaum in Betrachtung zu ziehen ist[1]). Nur diejenigen Auslagen, welche zur Erzielung der dem Berechtigten gebührenden Früchte gemacht werden müssen, dürften von dem letzteren zu tragen sein, weil §. 512 dasselbe in Ansehung der nur quantitativ verschiedenen Fruchtnießung anordnet, und weil dieser Aufwand eigentlich nicht zur Erhaltung der Sache dient. Sollten die Erhaltungskosten denjenigen Nutzen übersteigen, der dem Eigenthümer übrig bleibt, wie dieß z. B. bei größeren Bauführungen leicht der Fall sein könnte, so ist er zwar gehalten, alles, was er bezieht, zur Erhaltung der Sache zu verwenden, er kann aber nicht verpflichtet werden, noch ein mehreres aus seinem sonstigen Vermögen zu leisten (§. 482). In einem solchen Falle müßte also der Gebrauchsberechtigte entweder den Ueberschuß tragen, oder vom Gebrauche abstehen, in ähnlicher Weise, wie umgekehrt nach §. 483 der Eigenthümer in die Lage kommen kann, die Sache dem Berechtigten abtreten zu müssen.

§. 509.

2) Recht der Fruchtnießung.

Die Fruchtnießung ist das Recht, eine fremde Sache, mit Schonung der Substanz, ohne alle Einschränkung zu genießen.

Die Fruchtnießung[2]) hat, als das Recht, eine Sache ohne alle Einschränkung zu genießen, große Aehnlichkeit mit dem Eigenthumsrechte, und unterscheidet sich von diesem nur dadurch, daß der Fruchtnießer die Substanz der Sache nicht angreifen darf; doch wird er für die durch den rechtmäßigen Genuß ohne sein Verschulden herbeigeführte Abnützung nicht verantwortlich (§. 513); auch kann er zwar nicht das Recht selbst (§. 485), aber doch die Ausübung desselben an einen andern übertragen, es verpachten[3]) und verpfänden. Als ein dingliches Recht unterscheidet sich die Fruchtnießung von dem bloß persönlichen Rechte des Bestand-

---

[1]) S. Zeiller, Comment. Bd. 2, S. 336. — Vgl. auch den Rechtsfall in der allg. österr. Ger. Ztg. 1854, Nr. 111.

[2]) S. Theser (Dr. Ernst): Die Fruchtnießung nach römischem Rechte in fortlaufender Vergleichung mit den Anordnungen des a. b. G. B. in Kürze dargestellt. Wien, 1839.

[3]) S. den in Nr. 48 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1861 mitgetheilten Rechtsfall und die Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 8. Jänner 1861, Z. 12673, dann den Aufsatz von Dr. L. Arndts über die Verpachtung durch den Nutznießer, in der allg. österr. Ger. Ztg. J. 1861, Nr. 76 und 77.

nehmers, Entlehners u. dgl.; vom Gebrauche aber ist sie nur durch das Maß des Genusses, also, wie schon oben bemerkt wurde (S. 108), nur quantitativ verschieden.

§. 510.

In wie fern sie sich auf verbrauchbare Sachen erstrecken könne.

Verbrauchbare Sachen sind an sich selbst kein Gegenstand des Gebrauches oder der Fruchtnießung, sondern nur ihr Werth. Mit dem baren Gelde kann der Berechtigte nach Belieben verfügen. Wird aber ein bereits anliegendes Capital zum Fruchtgenusse oder Gebrauche bewilliget; so kann der Berechtigte nur die Zinsen fordern.

1. Die Fruchtnießung ist, sowie der Gebrauch (S. 109) eigentlich nur an Sachen denkbar, bei denen eine Benützung ohne Verletzung der Substanz möglich ist, also bei unverbrauchbaren Sachen. Allein schon im römischen Rechte wurde ein dem ususfructus analoges Verhältniß eingeführt, welches darin besteht, daß die verbrauchbare Sache, welche den Gegenstand desselben bildet, in das Eigenthum des Quasi-Usufructuars übergeht, und dieser nur verpflichtet wird, nach Beendigung des Nießbrauches, die gleiche Quantität oder die Aestimation zurückzustellen. Nur das letztere scheint nach österreichischem Rechte der Fall zu sein, denn der vorstehende §. bestimmt, daß bei verbrauchbaren Sachen der Werth derselben Gegenstand (des Gebrauches oder) der Fruchtnießung sei; unter dem Werthe wird aber die Tauglichkeit einer Sache verstanden, sich durch deren Hintangabe andere brauchbare Sachen (insbesondere eine bestimmte Summe Geldes) zu verschaffen (§§. 303 u. 304, I. Bd. S. 391 d. W.). Würde, wie Winiwarter (bürg. Recht Bd. 2, S. 328) behauptet, bei dem Quasi-Usufructus nicht der Werth der Sache, sondern „ebensoviel von derselben Gattung" zurückzustellen sein, so würde sich der Gesetzgeber gewiß dieser oder einer ähnlichen Bezeichnung bedient haben, wie es im §. 983 bei der Begriffs-Bestimmung des Darlehens geschehen ist. Als der entscheidende Werth muß aber nach der Analogie des §. 990 derjenige angesehen werden, den die Sache zur Zeit der Bestellung des Fruchtgenusses hatte.

2. Bares Geld wird im österreichischen Rechte überall den verbrauchbaren Sachen beigezählt (vgl. §§. 984 und 992); es kann also nur einen Gegenstand der Quasi-Fruchtnießung bilden, so daß es in das Eigenthum des Fruchtnießers übergeht, dieser daher nach Belieben damit verfügen darf (§. 362) und nur verpflichtet wird, nach geendigter Fruchtnießung die nämliche Summe zurückzustellen.

3. Wird aber ein bereits anliegendes Capital zum Fruchtgenusse bewilligt, so vermuthet der österr. Gesetzgeber, daß bloß der Genuß der Zinsen zugestanden werden wollte, und das Capital als die unverletzbare Substanz anzusehen sei, auf welche dem Berechtigten sohin kein Einfluß zusteht. Es tritt demnach hier eine wirkliche und nicht eine bloße Quasi-Fruchtnießung ein. Unter „anliegenden" Capitalien sind übrigens nicht bloß jene zu verstehen, welche auf einem unbeweglichen Gute verhypothecirt sind, sondern auch jene, welche in zinsentragenden öffentlichen oder Privat-Obligationen angelegt sind (§. 230).

4. Es ist allerdings möglich, daß den an sich verbrauchbaren Sachen nur eine außergewöhnliche Verwendung zugestanden wird, zufolge welcher sie wie unverbrauchbare behandelt, als in natura zurückgestellt werden müssen; dann bilden sie den Gegenstand einer wirklichen Fruchtnießung, wie wenn z. B. Münzen bloß zum Behufe des Studiums der Numismatik, oder zum Putze jemandem übergeben wurden. Eine solche Abweichung von dem gewöhnlichen kann aber nicht vermuthet, sondern müßte von dem, der sie behauptet, erwiesen werden.

§. 511.

Rechte und Verbindlichkeiten des Fruchtnießers;

Der Fruchtnießer hat ein Recht auf den vollen, sowohl gewöhnlichen als ungewöhnlichen Ertrag; ihm gehört daher auch die mit Beobachtung der bestehenden Berg-

werksordnung erhaltene reine Ausbeute von Bergwerksantheilen und das forstmäßig geschlagene Holz. Auf einen Schatz, welcher in dem zur Fruchtnießung bestimmten Grunde gefunden wird, hat er keinen Anspruch.

1. Der Fruchtnießer hat zufolge des Begriffes der Fruchtnießung das Recht, von der Sache (versteht sich mit Schonung ihrer Substanz) nicht nur was immer für einen Gebrauch im engeren Sinne zu machen, also z. B. das zur Fruchtnießung bestimmte Gebäude zu bewohnen, sondern auch alle daraus erzeugten Früchte sich zuzueignen, und alle davon entfallenden Nutzungen zu beziehen, mögen dieselben zu den gewöhnlichen gehören, wegen welcher man eine Sache dieser Art gemeiniglich zu erwerben sucht und die periodisch wiederkehren, wie die Früchte eines Feldes, oder zu den außergewöhnlichen gerechnet werden, wie z. B. der Waldnutzen. Ihm gebühren daher auch die Mieth- und Pachtzinse der in Bestand gegebenen Realitäten, sowie der Ertrag der Jagd, der Fischerei und des Vogelfanges. Er kann auch die mit der Sache verbundenen Rechte (z. B. das Zehentrecht), insbesondere die damit verknüpften Grunddienstbarkeiten ausüben. Ingleichen räumt der §. 511 dem Fruchtnießer ausdrücklich ein Recht auf das forstmäßig geschlagene Holz ein, weil auch dieß zu den Früchten des Grundes gehört, deutet aber damit zugleich an, daß der Fruchtnießer die dienstbare Sache nur wie ein guter Haushälter benützen darf (§. 513), also die Gesetze einer klugen Forstwirthschaft (und selbstverständlich die bestehenden politischen Vorschriften) beobachten muß. Windbrüche würden nicht dem Fruchtnießer zufallen, weil sie nicht zum forstmäßig geschlagenen Holze gehören, sondern von dem Eigenthümer in Anspruch genommen werden können. Von Bergwerksantheilen gebührt dem Fruchtnießer die nach den bestehenden Gesetzen erhaltene reine Ausbeute, nicht bloß der Zinsengenuß derselben, wie dieß in manchen auswärtigen Gesetzen angeordnet ist[1]). Auch das Recht, Steine zu brechen, Sand zu graben, Kalk zu brennen u. dgl. scheint dem Fruchtnießer nicht abgesprochen werden zu können, insofern nur die Substanz des Grundes nicht darunter leidet.

2. Die Früchte und Nutzungen gebühren dem Fruchtnießer, insoweit die ersteren zur Zeit der Einräumung des Fruchtgenusses noch nicht abgesondert, die letzteren noch nicht fällig waren[2]).

3. Das Recht des Fruchtnießers erstreckt sich nicht nur auf die Hauptsache, sondern auch auf das Zugehör derselben, auf die Nebensachen, §. 294, welche zur Zeit der Bestellung des Fruchtgenusses damit in Verbindung standen (§§. 686, 1047 u. s. w.). Auf den Zuwachs aber, der erst später zur Hauptsache hinzukam (§. 404), kann von Seite des Fruchtnießers kein Anspruch erhoben werden, weßhalb auch der Schatz, der in einem zur Fruchtnießung bestimmten Grunde gefunden wird, nicht ihm, sondern dem Eigenthümer gebührt. Das gleiche müßte z. B. von einer neu entstandenen Insel oder einem verlassenen Wasserbette gelten, und eine Ausnahme würde nur dann eintreten, wenn sich der Zuwachs, wie beim angespülten Erdreiche (§. 411), nicht unterscheiden ließe[3]).

4. Der Eigenthümer darf an der dienstbaren Sache nichts unternehmen, was den Fruchtnießer in seinem rechtmäßigen Genusse stören würde; wohl aber darf er die Sache veräußern, weil dadurch das dingliche, also auch gegen den neuen Erwerber wirksame Recht des Fruchtgenusses nicht berührt wird (§. 443); und eben so wenig kann ihm das Recht abgesprochen werden, mit Einwilligung des Fruchtnießers derselben eine neue Dienstbarkeit aufzulegen (§. 486).

---

[1]) S. Wenzel (G.): Versuch einer bergjuristischen Beleuchtung des §. 511 a. b. G. B. über das Recht des Fruchtnießers an Bergwerksantheilen (Jurist Bd. 13, S. 40).

[2]) In Ansehung der Früchte kann wohl kaum ein Zweifel obwalten, da sie nach §§. 294 und 295 ein Zugehör des Grundes ausmachen und auch die §§. 330 und 457 dießfalls übereinstimmen. Hinsichtlich der Nutzungen könnte aber die Frage aufgeworfen werden, ob nicht auch die zur Zeit der Bestellung des Fruchtgenusses zwar bereits fällig gewesenen, aber noch nicht eingehobenen Nutzungen dem Fruchtnießer gehören? Allein sowohl die Analogie aus §. 330, als der Umstand, daß solche Nutzungen mit dem Namen der Rückstände bezeichnet, und wenn sich ein Recht auf dieselben ausdehnen soll, auch insbesondere hervorgehoben zu werden pflegen (§§. 663 und 664), scheint für die obige Ansicht zu sprechen.

[3]) S. Nippel, Erläut. Bd. 3, S. 659.

§. 512.

[Rechte und Verbindlichkeiten des Fruchtnießers] insbesondere a) in Rücksicht der auf der Sache haftenden Lasten.

Als ein reiner Ertrag kann aber nur das angesehen werden, was nach Abzug aller nöthigen Auslagen übrig bleibt. Der Fruchtnießer übernimmt also alle Lasten, welche zur Zeit der bewilligten Fruchtnießung mit der dienstbaren Sache verbunden waren, mithin auch die Zinsen der darauf eingetragenen Capitalien. Auf ihn fallen alle ordentlichen und außerordentlichen, von der Sache zu leistenden Schuldigkeiten, in so fern sie aus den während der Dauer der Fruchtnießung gezogenen Nutzungen bestritten werden können; er trägt auch die Kosten, ohne welche die Früchte nicht erzielet werden.

1. Da der Eigenthümer einer dienstbaren Sache in der Regel nicht verhalten werden kann, zu Gunsten des Servitutsberechtigten etwas zu thun (§. 482), so hat der Gesetzgeber es für nothwendig erachtet, dem Fruchtnießer, der den vollen, sowohl gewöhnlichen als ungewöhnlichen Ertrag der zur Fruchtnießung bestimmten Sache bezieht, auch die Uebernahme aller Lasten aufzuerlegen, welche zur Zeit der bewilligten Fruchtnießung mit derselben verbunden waren. Hierunter dürften die aus einem privatrechtlichen Verhältnisse entspringenden Verpflichtungen zu verstehen sein, die entweder ihrer Natur nach zu den dinglichen gehören (wie die Zinsen der darauf eingetragenen Hypothekar-Capitalien, und die auf derselben haftenden Dienstbarkeiten), oder die zufolge der Eintragung in die öffentlichen Bücher nach Art der dinglichen wirksam gemacht worden sind (wie die dem Wiederverkaufsrechte nach §. 1070, dem Vorkaufsrechte nach §. 1073, dem Rechte des Bestandnehmers nach §. 1095 entsprechenden) [1]. Ebenso muß er sich die Ausübung eines vor der bewilligten Fruchtnießung auf die Sache erworbenen Pfandrechtes im Wege der Sequestration oder Execution gefallen lassen, und könnte eine Entschädigung von Seite des Bestellers nur nach den Grundsätzen über die Gewährleistung ansprechen, da bei dergleichen Rechten überhaupt die Priorität der Erwerbung den Ausschlag gibt.

2. Auf den Fruchtnießer fallen weiters alle ordentlichen und außerordentlichen, von der Sache zu leistenden Schuldigkeiten [2], worunter im Gegensatze zu den schon erwähnten „Lasten" nur solche Leistungen verstanden werden können, welche aus dem öffentlichen Rechte entspringen, als: Steuern, Kriegsbeiträge, Einquartierung, Gemeindeabgaben u. dgl. Diese müssen von dem Fruchtnießer auch dann entrichtet werden, wenn sie zur Zeit der Bestellung der Servitut noch nicht auf der Sache hafteten, weil eben die Uebernahme derselben nicht von dem Willen des Eigenthümers abhängig ist. Deßhalb bestimmt aber auch das Gesetz, daß diese Schuldigkeiten von dem Dienstbarkeitsberechtigten nur insoweit getragen werden müssen, als sie aus den während der Dauer der Fruchtnießung gezogenen Nutzungen bestritten werden können. In Ansehung des Uebermaßes könnte der Fruchtnießer unter Berufung auf den §. 1042 den Ersatz von dem Eigenthümer ansprechen. Ein solcher Fall wird meistens nur bei außerordentlichen Leistungen eintreten, z. B. bei Concurrenzbeiträgen zu einem Schul- oder Kirchenbau u. dgl.

3. Der Fruchtnießer hat endlich alle Kosten zu tragen, welche zur Erzielung der Früchte aufgewendet werden müssen, da diese letzteren ihm durchaus zufallen (§. 511).

§. 513.

[Rechte und Verbindlichkeiten des Fruchtnießers in Rücksicht] b) der Erhaltung der Sache.

Der Fruchtnießer ist verbunden, die dienstbare Sache als ein guter Haushälter in dem Stande, in welchem er sie übernommen hat, zu erhalten, und aus dem Ertrage

---

[1]) In diesem Sinne ist der Ausdruck „Lasten" auch an anderen Stellen unseres b. G. B. gebraucht, wie in den §§. 230, 443, 491, 563, 606, 636, 662, 785, 786, 821, 928, 1099, 1144; besonders in den beiden letztgenannten §§. geschieht der Lasten neben den „Abgaben und Steuern" Erwähnung.

[2]) Der Ausdruck „Schuldigkeit" ist im §. 1466 für die den Hoheitsrechten entsprechende Verbindlichkeit, z. B. für die Verpflichtung, Steuern zu entrichten, genommen. An den übrigen Stellen unseres Gesetzbuches (§§. 313, 488 und 1435) ist „Schuldigkeit" mit „Verpflichtung" überhaupt gleichbedeutend; im §. 1124 sind darunter die von dem Nutzungseigenthümer an den Obereigenthümer zu entrichtenden Leistungen zu verstehen.

die Ausbesserungen, Ergänzungen und Herstellungen zu besorgen. Wird dessen ungeachtet der Werth der dienstbaren Sache bloß durch den rechtmäßigen Genuß ohne Verschulden des Fruchtnießers verringert; so ist er dafür nicht verantwortlich.

1. Da die Substanz der zur Fruchtnießung bestimmten Sache dem Eigenthümer ungeschmälert erhalten werden muß, so ist der Fruchtnießer verpflichtet, dieselbe wie ein guter Haushälter zu verwalten. Er darf daher keine Veränderungen vornehmen, welche eine gänzliche Umgestaltung der Sache herbeiführen würden; wie wenn z. B. ein Weingarten in Ackerland verwandelt, oder auf einem Fruchtfelde eine Lehm- oder Sandgrube angelegt werden wollte.

2. Der Fruchtnießer muß ferner die zur Erhaltung der Sache nothwendigen Ausbesserungen und Herstellungen besorgen (§. 483), was besonders bei Gebäuden von Wichtigkeit ist, indem durch die Vernachlässigung derselben leicht ein bedeutender Schade entstehen kann.

3. Ebenso legt ihm das Gesetz die Verpflichtung auf, die nöthigen Ergänzungen herbeizuschaffen, was sich wohl nur darauf beziehen kann, daß einzelne Bestandtheile der Sache, die entweder ihrer Natur nach dem Wechsel unterworfen sind, oder die durch den Gebrauch abgenützt wurden, aber zur weiteren Benützung der Sache unentbehrlich sind, in der Art wieder ersetzt werden müssen, daß die Sache in dem Stande erhalten werde, in welchem sie von dem Fruchtnießer übernommen wurde. Er müßte daher z. B. statt der abgestorbenen Fruchtbäume neue setzen, in Baumschulen und Wäldern die erforderlichen Nachpflanzungen vornehmen, sowie das Wirthschaftsvieh und die Herden gehörig ergänzen.

4. Das Maß dieser Verbindlichkeit ist jedoch in der Art beschränkt, daß die Ausbesserungen, Ergänzungen und Herstellungen nur aus dem Ertrage, wie der §. 513 sagt, geleistet werden müssen, daß also der Fruchtnießer nicht gezwungen werden kann, aus seinem eigenen etwas aufzuwenden, wenn der Ertrag des Nießbrauches nicht ausreichte.

5. Wird der Werth der dienstbaren Sache bloß durch den rechtmäßigen Genuß verringert, so ist der Fruchtnießer dafür nicht verantwortlich, weil niemand den Schaden zu ersetzen hat, den er dadurch für einen andern herbeiführt, daß er von seinem Rechte innerhalb der rechtlichen Schranken Gebrauch macht (§. 1305). Eben so wenig hat er den Zufall zu tragen, der die Sache während der Dauer seines Fruchtgenusses verschlimmert hat, wofern er denselben nicht durch sein Verschulden herbeiführte, weil der bloße Zufall denjenigen trifft, in dessen Vermögen er sich ereignet (§. 1311); dagegen würde er für sein Verschulden nach allgemeinen Grundsätzen zu haften haben (§. 1295).

§. 514.

[Rechte und Verbindlichkeiten des Fruchtnießers in Rücksicht] c) der Bauführungen.

Wenn der Eigenthümer Bauführungen, die durch das Alter des Gebäudes, oder durch einen Zufall nothwendig gemacht werden, auf Anzeige des Fruchtnießers auf seine Kosten besorgt; ist ihm der Fruchtnießer, nach Maß der dadurch verbesserten Fruchtnießung, die Zinsen des verwendeten Capitals zu vergüten schuldig.

§. 515.

Kann oder will der Eigenthümer dazu sich nicht verstehen; so ist der Fruchtnießer berechtiget, entweder den Bau zu führen, und nach geendigter Fruchtnießung gleich einem redlichen Besitzer, den Ersatz zu fordern; oder, für die durch Unterbleibung des Baues vermißte Fruchtnießung eine angemessene Vergütung zu verlangen.

§. 516.

Bauführungen, welche nicht nothwendig, obgleich sonst zur Vermehrung des Ertrages gedeihlich sind, ist der Fruchtnießer nicht verbunden, ohne vollständige Entschädigung zu gestatten.

1. Das Gesetz handelt in den vorstehenden §§. insbesondere von Bauführungen, welche nicht zu den gewöhnlichen Ausbesserungen oder Herstellungen, deren bereits der §. 513 erwähnte, gerechnet werden können, sondern von größerem Umfange sind. Hierbei muß zuvörderst unterschieden werden, ob die Nothwendigkeit derselben bereits zur Zeit der bewilligten Fruchtnießung vorhanden war, oder erst später eintrat. Der ersteren geschieht keine besondere Erwähnung, doch ist unzweifelhaft der Eigenthümer nicht verpflichtet, dieselben zu übernehmen, weil ihm dadurch zugemuthet würde, eine Vermehrung des Fruchtgenusses herbeizuführen, wozu er sich niemals verbindlich gemacht. In Ansehung der Bauführungen, die erst während der Dauer der Fruchtnießung nothwendig werden, ist aber weiter auf die Ursache zu sehen, durch welche sie veranlaßt wurden. Liegt diese in einem Verschulden des einen oder des anderen Theiles, so gelten die allgemeinen Grundsätze vom Schadenersatze. Wurden sie dagegen durch das Alter des Gebäudes oder durch einen Zufall, z. B. eine Feuersbrunst, eine Ueberschwemmung u. dgl. herbeigeführt, so sollten eigentlich beide Theile zu den Kosten derselben beitragen, weil sie beiden Vortheil bringen, und zwar dem Fruchtnießer, indem er sonst die Sache gar nicht, oder doch nicht vollständig genießen könnte, dem Eigenthümer aber, indem sie zugleich einen höheren Werth erhält, und künftig auch für ihn wieder dauerhaft einträglich gemacht wird [1]). Da sich jedoch wegen der unbestimmten Dauer des Fruchtgenusses das Verhältniß, nach welchem dieser Beitrag stattzufinden hätte, nicht ausmitteln ließe, so hat das Gesetz eine andere zweckmäßige Verfügung getroffen. Es ist nämlich dem Eigenthümer die Wahl freigestellt, den Bau auf seine Kosten zu besorgen, oder ihn dem Fruchtnießer zur Besorgung zu überlassen.

2. Wählt er das erstere, so muß er ein Capital dazu auslegen, dessen Nutzen er aber während der Dauer des (fremden) Fruchtgenusses vermißt. Da nun der Nachtheil, welcher jemanden durch die Entbehrung eines Capitales trifft, nach §. 1333 durch die vom Gesetze bestimmten Zinsen zu vergüten kömmt, so hat auch der §. 514 dem Fruchtnießer, der eigentlich den Vortheil des aufgewendeten Capitals genießt, die Verpflichtung auferlegt, die Zinsen desselben zu vergüten. Es ist hier eine Leistung festgesetzt, welche nicht eigentlich unter den Begriff der Zinsen gestellt werden kann, da der Fruchtnießer nicht unmittelbar das ausgelegte Capital, sondern nur den Werth desselben benützt, welcher aber dennoch den Zinsen gleichkömmt. Da nun diese Zinsen, oder richtiger das Aequivalent derselben, aus dem Gesetze gebühren, so muß das Maß derselben nach §. 995 zu vier (jetzt sechs) vom Hundert angenommen werden [2]). Doch ist dadurch nur die Gränze bezeichnet, bis zu welcher der Anspruch des Eigenthümers reichen kann; es ist aber allerdings möglich, daß er sich auch mit wenigerem begnügen muß, weil der §. 514 dem Fruchtnießer die Vergütung nur nach Maß der verbesserten Fruchtnießung auferlegt; würde also diese durch einen Capitalsaufwand von 1000 fl. nur um 30 fl. jährlich erhöht worden sein, so kämen auch nur 30 fl. und nicht 60 fl. (d. i. die sechspercentigen Zinsen) zu entrichten.

3. Will oder kann der Eigenthümer den nothwendig gewordenen Bau nicht führen, so räumt der §. 515 dem Fruchtnießer die Wahl ein, entweder selbst die Bauführung auf sich zu nehmen, oder für das Unterbleiben derselben eine angemessene

---

[1]) S. Zeiller, Comment. Bd. 2, S. 349.

[2]) Nippel (Erläut. Bd. 3, S. 670) meint, daß fünf vom Hundert zu leisten seien, weil der §. 514 nicht von Zinsen spricht, die der Fruchtnießer zu zahlen, sondern die er zu vergüten hat; er habe daher dem Eigenthümer jenen Nachtheil zu ersetzen, den dieser dadurch erleidet, daß er für ein aufgenommenes Capital Zinsen zahlen, oder von dem eigenen Capitale, das er verzinslich hätte anlegen können, nunmehr, weil es auf den Bau verwendet wurde, die Zinsen entbehren muß. Diese seien aber gewöhnlich fünf vom Hundert. — Allein mit Recht bemerkt hiergegen Pachmann (Beiträge zur Lehre von Dienstbarkeiten nach dem österr. Rechte, Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1837, II., S. 209), daß auf Gewohnheiten nur dann Rücksicht genommen werden könne, wenn sich ein Gesetz darauf beruft; daß ferner nicht abzusehen wäre, warum nicht auch sechs vom Hundert verlangt werden sollten, wenn der Eigenthümer im Stande war, sein Capital auf diese Weise zu verzinsen, und daß umgekehrt, wenn ihm ein unverzinsliches Capital zu Gebote stand, auch gar keine Vergütung gefordert werden dürfte.

Vergütung zu verlangen. Im ersten Falle kann er nach geendeter Fruchtnießung gleich einem redlichen Besitzer Ersatz fordern, also nach dem dadurch erhöhten Werthe der Sache, insofern dieser den wirklich gemachten Aufwand nicht übersteigt (§. 331). Im zweiten Falle räumt ihm der Gesetzgeber das Recht ein, für die vermißte Fruchtnießung eine angemessene Vergütung anzusprechen. Hierunter dürfte, wie Nippel (Erläut. Bd. 3, S. 674) bemerkt, eine solche zu verstehen sein, welche dem reinen Nutzen entspricht, den der Fruchtnießer bezogen haben würde, wenn der Eigenthümer die Herstellung besorgt hätte. Würde also z. B. durch Kunstverständige, die wohl jedenfalls hier einvernommen werden müßten, ausgemittelt werden, daß der Kostenaufwand hierfür 1000 fl. betrüge, so muß in Anschlag gebracht werden, daß der Fruchtnießer nach §. 514 die sechspercentigen Zinsen hiervon, also jährlich 60 fl., dem Eigenthümer zu vergüten hätte. Wenn nun der Betrag, um welchen der Fruchtnießer durch das Unterbleiben der Bauführung an den jährlichen Nutzungen zu Schaden kömmt, nicht mehr als 60 fl. beträgt, so kann der Fruchtnießer gar keine Vergütung fordern, weil er die gleiche Summe als Zinsenäquivalent hätte ersetzen müssen. Würde er dagegen 70 fl. vermissen, so käme ihm die Differenz mit 10 fl. zu ersetzen[1]). Auch wäre, wie Pachmann (a. a. O. S. 215) hervorhebt, darauf Rücksicht zu nehmen, daß der Fruchtnießer, wenn der Eigenthümer zur Bauführung sich herbeiließe, die Zeit über, während der Bau ohne ordnungswidrige Verzögerung vor sich geht, und durch welche aus Sanitäts- oder anderweitigen Rücksichten das neue Gebäude nicht sogleich gebraucht werden könnte, die Ausübung seines Rechtes ohne irgend einen Entschädigungsanspruch entbehren müßte; so daß, wenn diese Zeit z. B. ein Jahr betrüge, für dieses Jahr auch die Vergütung der ausgemittelten 10 fl. nicht in Anspruch genommen werden könnte. Dagegen scheint uns die weitere Behauptung des Verfassers nicht gerechtfertigt zu sein, daß hinsichtlich des in Frage stehenden Ersatzanspruches noch ferner unterschieden werden müsse, ob es dem Eigenthümer oder dem Fruchtnießer möglich war, das Gebäude wieder herstellen zu lassen, so daß, wenn es in der Macht des Fruchtnießers stand, durch die eigene Bauführung zur Ausübung seines Rechtes zu gelangen, diesem nach §. 1304 nur die Hälfte dessen zugesprochen werden könnte, was ihm durch die vom Eigenthümer unterlassene Bauführung wirklich entgangen ist, und daß letzterer von aller und jeder Ersatzpflicht befreit würde, wenn er darthun könnte, daß er ohne sein Verschulden an der Bauführung gehindert wurde. Dieser Auslegung steht unseres Erachtens die klare Anordnung des §. 515 entgegen, welche dem Eigenthümer die Ersatzpflicht auch dann auferlegt, wenn er sich zu der erforderlichen Bauführung nicht verstehen kann, und welche es dem Fruchtnießer freistellt, den Bau selbst zu führen, oder die fragliche Vergütung zu verlangen, weßhalb auch in der Unterlassung der eigenen Bauführung kein Verschulden wahrgenommen werden kann[2]).

4. Der Fruchtnießer ist jedenfalls verpflichtet, dem Eigenthümer hinsichtlich des vorzunehmenden Baues zuerst die Anzeige zu machen (§. 514), damit dieser von seinem Wahlrechte Gebrauch machen könne. Würde er diese Vorsicht unterlassen, und ohne sich vorläufig an den Eigenthümer zu wenden, den Bau selbst geführt haben, so käme er nicht nach §. 515, sondern als Geschäftsführer ohne Auftrag nach §§. 1037 u. 1038 zu behandeln.

5. Bauführungen, welche nicht nothwendig, obgleich zur Vermehrung des Ertrages gedeihlich, also nützlich sind (z. B. die Aufsetzung eines Stockwerkes), oder welche bloß zum Vergnügen unternommen werden (z. B. die Anbringung eines Baues, um eine schöne Aussicht zu gewinnen), ist der Fruchtnießer gar nicht zu dulden verbunden, wenn ihm nicht für die während des Baues vermißte Fruchtnießung vollständige Entschädigung geleistet wird, weil er in dem Genusse seines

[1]) S. Nippel, Erläut. Bd. 3, S. 674.
[2]) S. Winiwarter, bürg. Recht Bd. 2, S. 336.

Rechtes nicht gestört werden darf (s. oben S. 111); um so weniger kann er zu einem Beitrage zu den Kosten verhalten werden, wenn auch durch den Bau ein höherer Ertrag erzielt worden wäre, der ihm zu gute kömmt.

6. Die Vorschrift der §§. 514 und 515 muß im Wege der Analogie (§. 7) auch auf andere Fälle angewendet werden, in denen die Herstellung der dienstbaren Sache, die nicht in einem Gebäude besteht, aus dem Ertrage des Fruchtgenusses nicht bestritten werden kann, wie wenn z. B. eine Wiese durch Erdrisse, Ueberfluthungen, Kriegsopererationen u. dgl. gänzlich, oder doch so sehr verwüstet worden wäre, daß sie aus ihrem Erträgnisse nicht restituirt werden kann. Daß auch der Eigenthümer zu ihrer Herstellung beitragen müsse, folgt schon aus §. 483, da er denn doch noch immer gewisse Vortheile der Benützung für sich hat. Da aber in diesem §. nicht bestimmt ist, in welchem Maße der eine, wie der andere Theil beizutragen verpflichtet sei, so bleibt wohl nichts übrig, als eben die erwähnten §§. 514 und 515 anzuwenden, die wohl nur deßhalb bloß von Gebäuden handeln, weil hier der in Frage stehende Fall am häufigsten eintritt.

§. 517.

[Rechte und Verbindlichkeiten des Fruchtnießers in Rücksicht] b) der Meliorationskosten.

Was der Fruchtnießer ohne Einwilligung des Eigenthümers zur Vermehrung fortdauernder Nutzungen verwendet hat, kann er zurück nehmen; eine Vergütung der aus der Verbesserung noch bestehenden Nutzungen aber kann er nur fordern, in so fern sie ein Geschäftsführer ohne Auftrag zu fordern berechtigt ist.

Der Fruchtnießer ist, wie schon mehrfach erwähnt wurde, verpflichtet, die Substanz der Sache zu schonen (§. 509); er darf daher auch nichts in derselben vornehmen, wodurch sie, wenngleich auf eine vortheilhafte Art, verändert würde, sondern könnte vielmehr verhalten werden, den vorigen Zustand wieder herzustellen (§. 1323). Dieß hindert ihn jedoch nicht, Verbesserungen anzubringen, bei denen die Sache ihrer Wesenheit nach unverändert bleibt, z. B. eine feuchte Wiese durch Anlegung von Abzugscanälen zu entwässern. Geschieht dieß mit Einwilligung des Eigenthümers, so ist das dießfällige Uebereinkommen maßgebend; hat aber der Fruchtnießer derlei Meliorationen ohne Einwilligung des Eigenthümers vorgenommen, so gestattet ihm das Gesetz, bei beendigter Fruchtnießung dasjenige zurückzunehmen, was sich ohne Verletzung der Substanz von der Sache trennen läßt (vgl. §. 332); wäre dieß nicht möglich (wie in dem oben angeführten Beispiele), so gebührt ihm eine Vergütung seiner aufgewendeten Kosten nur insoweit, als der aus der Verbesserung entstandene Nutzen noch fortbesteht, und auch ein Geschäftsführer ohne Auftrag sie zu fordern berechtigt ist (§§. 1037 und 1038).

§. 518.

Beweismittel darüber.

Zur Erleichterung des Beweises der gegenseitigen Forderungen sollen der Eigenthümer und der Fruchtnießer eine beglaubigte Beschreibung aller dienstbaren Sachen aufnehmen lassen. Ist sie unterlassen worden; so wird vermuthet, daß der Fruchtnießer die Sache sammt allen zur ordentlichen Benützung derselben erforderlichen Stücken in brauchbarem Zustand von mittlerer Beschaffenheit erhalten habe.

1. Bei Beendigung der Fruchtnießung muß ermittelt werden, was dem Eigenthümer und was dem Fruchtnießer, oder den Erben und Rechtsnachfolgern desselben gebührt. Die zur Fruchtnießung bestimmte Sache kömmt nämlich sammt allem Zugehör, so wie sie zur Zeit der Einräumung des Fruchtgenusses übernommen wurde (§. 513), dem Eigenthümer zurückzustellen, oder bei der Fruchtnießung verbrauchbarer Sachen ihr Werth zu vergüten (§. 510). Dagegen hat der Fruchtnießer, wie eben erörtert wurde, das Recht auf die von ihm gemachten Verbesserungen, in soweit sie sich zurücknehmen lassen (§. 517). Hierbei können nun sehr leicht Streitig-

keiten entstehen, welche sich am besten dadurch vermeiden lassen, daß bei der Uebergabe eine Beschreibung (zweckmäßig wohl auch eine Schätzung, besonders bei der Quasi-Fruchtnießung) aller dienstbaren Sachen aufgenommen wird, welche sohin bei der Rückstellung zur Richtschnur dient. Doch hat unser Gesetz, nach dem Vorgange des römischen Rechtes, die Aufnahme eines solchen Inventars den Parteien nicht, wie z. B. bei gewissen Gesellschaftsverträgen nach §. 1178, zur Pflicht gemacht, sondern bloß als eine Vorsicht anempfohlen.

2. Da diese Beschreibung zur Erleichterung des Beweises dienen soll, so muß sie auch so eingerichtet sein, daß sie nach den Vorschriften der Gerichtsordnung als beweiskräftig angesehen werden könne; sie muß also von beiden Parteien eigenhändig unterfertiget[1]), oder unter gerichtlicher Intervention abgefaßt sein, in welch' letzterem Falle sie als eine öffentliche Urkunde erscheint.

3. Die in Frage stehende Beschreibung gereicht dem Eigenthümer sowohl als dem Fruchtnießer zum Vortheile, es haben daher auch beide die Kosten ihrer Errichtung, und zwar zu gleichen Theilen, zu tragen. Kommt das Inventar unter gerichtlicher Intervenirung zu Stande, so wird es auch zu den Gerichtsacten erlegt, und beide Theile können Abschriften davon nehmen; eine außergerichtliche Beschreibung wird aber am zweckmäßigsten in zwei gleichlautenden Exemplaren ausgefertigt, von denen jede Partei eines erhält[2]).

4. Haben die Parteien die ihnen anempfohlene Vorsicht unterlassen, so tritt die im Schlußsatze des §. enthaltene Vermuthung ein, welche sich auf das gewöhnlich vorkommende gründet, immerhin aber einen Gegenbeweis, allenfalls durch Zeugen u. dgl., zuläßt.

5. Dieselbe Vermuthung dürfte wohl auch dann eintreten, wenn das anfänglich errichtete Inventar in der Folge durch Zufall in Verlust gerathen oder zu Grunde gegangen ist[3]).

§. 519.

Zutheilung der Nutzungen bei Erlöschung der Fruchtnießung.

Nach geendigter Fruchtnießung gehören die noch stehenden Früchte dem Eigenthümer; doch muß er die auf deren Erzielung verwendeten Kosten dem Fruchtnießer oder dessen Erben, gleich einem redlichen Besitzer, ersetzen. Auf andere Nutzungen haben der Fruchtnießer oder dessen Erben den Anspruch nach Maß der Dauer der Fruchtnießung.

1. Bei der Erlöschung der Fruchtnießung ist rücksichtlich der Zutheilung der Nutzungen im weiteren Sinne (Bd. I, S. 411 d. W.) zwischen den Früchten und den Nutzungen im engeren Sinne (den juristischen Früchten, den Civilfrüchten) zu unterscheiden. Die Früchte bilden, so lange sie noch nicht abgesondert sind (die s. g. stehenden Früchte), ein Zugehör der Sache, müssen also mit dieser nach geendigter Fruchtnießung an den Eigenthümer herausgegeben werden, ohne Unterschied, ob sie bereits hätten abgesondert werden können oder nicht. Dagegen gehören die bereits abgesonderten Früchte dem Fruchtnießer oder dessen Erben, und zwar auch wieder ohne Unterschied, ob die Trennung derselben absichtlich vorgenommen wurde oder durch Zufall erfolgte, und ob die Früchte bereits reif, also zur Absonderung geeignet waren oder nicht; nur dürfte im letzteren Falle, wenn die Sache sonst durch eine solche fehlerhafte Gebarung Schaden gelitten hätte (z. B. bei dem Aushauen eines nicht schlagbaren Forstes), den Fruchtnießer die Pflicht des Schadenersatzes treffen (§. 513); auch muß er nach §. 296 diejenigen, obschon eingebrachten Erzeugnisse zurücklassen, welche zur Fortsetzung des ordentlichen

---

[1]) Wäre sie nur von einer Partei unterfertigt, so würde sie auch nur gegen diese einen Beweis machen (§. 114 der a., §. 182 der galiz. und §. 172 der ital. G. O.).

[2]) S. Nippel, Erläut. Bd. 3, S. 681.

[3]) S. Nippel, Erläut. Bd. 3, S. 681.

Wirthschaftsbetriebes gehören, weil der s. g. fundus instructus ein Zugehör des Grundes und Bodens ausmacht.

2. Wenn auch die nach geendigter Fruchtnießung noch stehenden Früchte dem Eigenthümer gehören, so muß er doch die auf deren Erzielung verwendeten Kosten dem Fruchtnießer oder dessen Erben, gleich einem redlichen Besitzer, ersetzen, weil sich überhaupt niemand mit fremdem Schaden bereichern soll.

3. Was die Nutzungen im engeren Sinne anbelangt, d. i. jene Vortheile, welche man für den einem andern gestatteten Gebrauch seiner Sache erhält (wie Mieth- und Pachtzinse u. dgl., Bd. I, S. 411 d. W.), so gebühren dieselben eigentlich für jeden Moment des entbehrten Genusses; allein da sie nicht von Moment zu Moment eingehoben werden können, ist ihre Entrichtung durch Vertrag oder Gesetz nach gewissen Zeitabschnitten festgesetzt[1]). Ist nun eine solche Periode bereits vor beendigter Fruchtnießung gänzlich abgelaufen, so gebührt die betreffende Nutzung dem Fruchtnießer, wenn sie gleich von ihm noch nicht eingehoben, also rückständig geblieben wäre[2]). Tritt dagegen die Verfallzeit erst später ein, so haben der Fruchtnießer oder dessen Erben nur nach Maß der Dauer der Fruchtnießung darauf Anspruch. Würde also der halbjährig zu entrichtende Pachtzins von 1000 fl. erst drei Monate nach beendigter Fruchtnießung verfallen, so kann der Fruchtnießer nur die Hälfte desselben mit 500 fl. für sich in Anspruch nehmen. Hätte er die ganze Pachtschillingsrate im vorhinein bezogen, so müßte er die zu viel empfangenen 500 fl. dem Eigenthümer zurückstellen[3]).

4. Diese Verrechnungsweise tritt jedoch nicht bei solchen Nutzungen ein, welche nur für einzelne Acte erhoben werden, bei denen es also vielmehr darauf ankömmt, zu welcher Zeit der betreffende Act vorgenommen wurde, wie dieß z. B. früher bei dem Bezuge der Gerichtstaxen von Seite der ehemaligen Obrigkeiten der Fall war.

§. 520.

In wie fern der Gebrauchsberechtigte oder der Fruchtnießer zur Sicherstellung verbunden sei.

In der Regel kann der Eigenthümer von dem Gebrauchsberechtigten oder Fruchtnießer nur bei einer sich äußernden Gefahr die Sicherstellung der Substanz verlangen. Wird sie nicht geleistet; so soll die Sache entweder dem Eigenthümer gegen eine billige Abfindung überlassen, oder nach Umständen in gerichtliche Verwaltung gegeben werden.

1. Wegen des bedeutenden Umfanges der Rechte des Usuars und noch mehr des Fruchtnießers hatte das römische Recht die Bestimmung getroffen, daß beide in der Regel dem Eigenthümer Caution zu leisten verpflichtet seien. Das österr. Gesetz ist jedoch hiervon abgegangen, weil auch in vielen anderen Fällen, wo jemandem eine Sache, z. B. durch Hinterlegung, Vermiethung, Verpachtung u. dgl., anvertraut werden muß, auf keine Caution gedrungen wird, weil die Leistung derselben dem Fruchtnießer oft sehr schwer fallen würde, und weil jedenfalls besser dem eigenen Ermessen des Bestellers überlassen werden kann, eine solche zu fordern[4]). Bei unbeweglichen Sachen werden die Rechte des Eigenthümers ohnehin auch durch die entsprechenden Eintragungen in die öffentlichen Bücher einigermaßen gewahrt.

2. Aeußert sich aber eine wirkliche Gefahr, indem z. B. der Fruchtnießer einer beweglichen Sache der Zahlungsflucht verdächtig wird, oder bei einer unbeweglichen Sache eine schlechte Gebarung Platz greift, so räumt das Gesetz dem Eigenthümer das Recht ein, Sicherstellung der Substanz zu verlangen, und zwar nach

---

[1]) So verfügt z. B. der §. 1100, daß bei einem ein- oder mehrjährigen Pachte der Zins halbjährig zu entrichten sei.

[2]) Hierdurch unterscheidet sich das Recht des Fruchtnießers wesentlich von den Ansprüchen des redlichen Besitzers einer fremden Sache (§. 330, Bd. I., S. 411 d. W.). — Vgl. auch den o. a. Aufsatz v. D. L. Arndts in Nr. 76 und 77 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1861.

[3]) Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 15. Jänner 1851, im Eco dei Tribunali v. J. 1851, S. 110.

[4]) S. Zeiller, Comment. Bd. 2, S. 359.

§. 1373 durch ein Handpfand oder eine Hypothek, oder wenn der Servitutsinhaber ein Pfand zu geben außer Stande wäre, durch taugliche Bürgen.

3. Kann diese Sicherstellung nicht geleistet werden, oder will sie der Berechtigte nicht leisten, so stehen zwei Auswege offen; entweder a) die Sache dem Eigenthümer gegen eine beliebige Abfindung zu überlassen, in welchem Falle sohin die Servitut durch Vereinigung (§. 526) erlischt; oder b) die zum Gebrauche oder zur Fruchtnießung bestimmte Sache in gerichtliche Verwaltung zu geben, wo dann der im Wege der Verpachtung oder der Sequestration erzielte Nutzen dem Dienstbarkeitsberechtigten hinausgegeben wird. Ob das eine oder das andere stattzufinden habe, dürfte, wenn sich die Parteien nicht darüber vereinigen können, dem Ermessen des Richters überlassen bleiben.

§. 521.

3) Dienstbarkeit der Wohnung.

Die Servitut der Wohnung ist das Recht, die bewohnbaren Theile eines Hauses zu seinem Bedürfnisse zu benützen. Sie ist also eine Servitut des Gebrauches von dem Wohngebäude. Werden aber jemanden alle bewohnbaren Theile des Hauses, mit Schonung der Substanz, ohne Einschränkung zu genießen überlassen; so ist es eine Fruchtnießung des Wohngebäudes. Hiernach sind die oben gegebenen Vorschriften auf das rechtliche Verhältniß zwischen dem Berechtigten und dem Eigenthümer anzuwenden.

§. 522.

In jedem Falle behält der Eigenthümer das Recht, über alle Theile des Hauses, die nicht zur eigentlichen Wohnung gehören, zu verfügen; auch darf ihm die nöthige Aufsicht über sein Haus nicht erschweret werden.

1. Nach römischem Rechte wurde die Servitut der Wohnung (habitatio) als eine vom Gebrauche und der Fruchtnießung verschiedene Dienstbarkeit angesehen, welche vorzüglich darin von beiden abweicht, daß sie zwar entgeltlich, nicht aber unentgeltlich an einen andern übertragen werden kann, und daß sie weder durch Nichtgebrauch, noch durch capitis deminutio erlischt. Das österreichische Gesetzbuch betrachtet aber die Dienstbarkeit der Wohnung als von den beiden vorhergehenden specifisch nicht unterschieden, sondern löst sie in die Servitut des Gebrauches oder der Fruchtnießung auf, deren Gegenstand ein Wohngebäude, oder richtiger „die bewohnbaren Theile eines Gebäudes" sind. Diese Dienstbarkeit beschränkt sich also jedenfalls auf diejenigen Räumlichkeiten, welche unmittelbar zur Wohnung des Menschen dienen, sammt deren erforderlichem Zugehör, als: Küche, Keller, Dachboden, Stallung u. dgl. Sie unterscheidet sich dadurch von dem Gebrauche oder Fruchtgenusse eines Hauses, welcher sich auch auf die nicht bewohnbaren Bestandtheile desselben erstreckt, wie auf Werkstätten, Magazine, Scheuern u. s. w. Von dem aus einem Miethvertrage entspringenden Rechte (§. 1090) ist die Servitut der Wohnung dadurch unterschieden, daß sie ein dingliches, die Miethe aber nur ein persönliches Recht gewährt, welches gegen einen nachfolgenden Besitzer der vermietheten Sache nicht geltend gemacht werden kann (§. 1120), wenn es nicht in die öffentlichen Bücher eingetragen und sohin als ein dingliches Recht zu betrachten ist (§. 1095). Aber selbst in diesem Falle finden noch einige wesentliche Abweichungen statt; so erlischt die Dienstbarkeit der Wohnung mit dem Tode, während das Recht aus dem Miethvertrage auf die Erben des Miethers übergeht (§. 918); so kann wenigstens der Gebrauch eines Wohngebäudes nicht an einen andern überlassen werden (s. oben S. 92 und 110 d. W.), wogegen der Miether jedenfalls berechtigt ist, das Miethstück in Aftermiethe zu geben (§. 1098) und sein Recht an einen andern abzutreten (§. 1393); ferner muß nach §. 1121 bei einer nothwendigen gerichtlichen Veräußerung der Bestandnehmer dem neuen Käufer weichen, was bei der Dienstbarkeit der Wohnung nicht Platz greift. Endlich kann eine Wohnung jemandem bloß auf Widerrufen (§. 479), oder für so lange, als ein bestimmtes

Verhältniß dauert (z. B. bei den Naturalwohnungen der Privatbeamten, Dienstleute u. dgl.), oder sonst zugestanden werden, ohne daß dadurch eine Dienstbarkeit begründet wird, wie dieß bei dem sog. Ausgedinge auf dem Lande häufig der Fall ist, wenn Eltern ihren Kindern noch bei Lebzeiten ihre behauste Wirthschaft übergeben, sich aber eine bestimmte Wohnung vorbehalten.

2. Kömmt die Dienstbarkeit der Wohnung als die Servitut des Gebrauches anzusehen, so erlangt der Servitutsinhaber nur das Recht, die bewohnbaren Bestandtheile des Hauses zu seinem Bedürfnisse zu benützen, und er darf weder das Recht selbst, noch dessen Ausübung an einen andern übertragen (s. S. 110 d. W.)[1]), also auch die ihm eingeräumte Wohnung nicht vermiethen[2]). Dagegen kann der Berechtigte, wenn es sich um die Fruchtnießung eines Wohngebäudes handelt, nicht nur alle bewohnbaren Theile des Hauses, auch wenn sie sein Bedürfniß weit übersteigen, ohne Einschränkung genießen, sondern auch die Ausübung seines Rechtes einem andern überlassen. Zu den bewohnbaren Bestandtheilen gehören übrigens alle jene Räumlichkeiten, die gewöhnlich von einer Haushaltung in Anspruch genommen werden; mithin z. B. auch die Dachböden[3]).

3. Die Verfügung des §. 522 folgt aus der Bestimmung des §. 508, vermöge welcher alle Benützungen, die sich ohne Störung des Berechtigten aus der dienstbaren Sache schöpfen lassen, dem Eigenthümer zu Statten kommen, und aus dem oft erwähnten Principe des §. 484. Der Eigenthümer hat also das Recht, nachzusehen, ob keine verdächtigen Personen in die Wohnung aufgenommen, ob die Vorschriften zur Hintanhaltung von Feuersgefahren beobachtet werden, ob und welche Ausbesserungen sich als nothwendig darstellen u. dgl.

§. 523.

Klagerecht in Rücksicht der Servituten.

In Ansehung der Servituten findet ein doppeltes Klagerecht Statt. Man kann gegen den Eigenthümer das Recht der Servitut behaupten; oder der Eigenthümer kann sich über die Anmaßung einer Servitut beschweren. Im ersten Falle muß der Kläger die Erwerbung der Servitut, oder wenigstens den Besitz derselben als eines dinglichen Rechtes, im zweiten Falle muß er die Anmaßung der Servitut in seiner Sache beweisen.

1. Schon §. 320 verfügt, daß derjenige, der nur ein Recht zum Besitze hat, sich im Verweigerungsfalle nicht eigenmächtig in den Besitz setzen darf, sondern ihn von dem ordentlichen Richter mit Anführung seines Titels im Wege Rechtens forderr müsse. Ist also jemandem eine Dienstbarkeit durch Vertrag oder letzten Willen, ode durch den Ausspruch des Richters zugesichert worden, so kann er, unter Nachweisur seines Titels, auf die wirkliche Einräumung der Dienstbarkeit dringen, mithin n Umständen die Eintragung in die öffentlichen Bücher, die Uebergabe der dienstbar Sache, die Herstellung dessen, was zur Ausübung der Servitut nothwendig [illegible], z. B. die Eröffnung der Fenster in einer fremden Wand u. s. w begehren. Die Klage ist jedoch nur eine persönliche, welche bloß gegen den Besteller der Servit gerichtet werden kann.

2. Hat sich aber jemand bereits im Besitze einer Dienstbarkeit befunden, nd wird er nun in der Ausübung derselben gestört, so kann er sich ohne Zweifel d in den §§. 339, 344 und 346 dem Besitzer überhaupt zugestandenen (possessorisen)

---

1) Anderer Meinung ist Nippel (Erläut. Bd. 3, S. 688) in Consequenz mit seiner frühere hinsichtlich der Dienstbarkeit des Gebrauches aufgestellten Behauptung.

2) Wohl aber ist er in der Wohnungsbenützung nicht bloß auf seine eigene Person eing[illegible]känkt, sondern das ihm eingeräumte Recht dehnt sich auch auf sein Hauswesen aus. S. die Entscheidung de[illegible] obersten Gerichtshofes v. 5. October 1858, Z. 10690, in Nr. 58 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1862 und in Glaser's und Unger's Sammlg. Nr. 628; — dann die Entschdg. vom 28. Jänner 1857, Z. 67 in der allg. österr. Ger. Ztg. J. 1860, Nr. 30, und in Glaser's und Unger's Sammlg. Nr. 1012, die die Mittheilung eines nicht bis zur Entscheidung des obersten Gerichtshofes gediehenen Rechtsfalles [illegible] Nr. 103 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1861; endlich die Entschd. des obersten Gerichtshofes vom 16. A[illegible] 1861, Z. 2687, in Nr. 128 der allg. österr. Ger. Ztg. vom J. 1861.

3) Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 30. November 1859, Z. 12479, in Nr. 14 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1862 und in Glaser's und Unger's Sammlg. Nr. 916.

Rechtsmittel bedienen. Diese sind bei den persönlichen Servituten unmittelbar in Anwendung zu bringen, weil sich hier der Berechtigte in der Innhabung der dienstbaren Sache befindet (vgl. insbesondere das Bd. I, S. 421, Z. 4 b. W. gesagte, dann Bd. I, S. 425 und 427 ebd.); der Berechtigte kann also bei einer Störung im engeren Sinne die Untersagung jedes weiteren Eingriffes und den Ersatz des erweislichen Schadens, bei wirklicher Entziehung der Sache aber die Zurücksetzung in die vorige Lage und ebenfalls die Schadloshaltung verlangen, und in beiden Fällen, wenn die richterliche Hilfe zu spät kommen würde, Gewalt mit angemessener Gewalt abtreiben. Bei Grunddienstbarkeiten kann eine Störung dadurch eintreten, daß der Servitutsberechtigte gehindert wird, dasjenige auf der dienstbaren Sache vorzunehmen, was im Begriffe der bezüglichen Dienstbarkeit liegt, z. B. die Flüssigkeiten durch den fremden Grund durchzuführen, das Vieh auf die fremde Weide zu treiben; — oder indem etwas unternommen wird, was zufolge der (verneinenden) Dienstbarkeit unterlassen werden sollte; wie wenn die Dachtraufe, die dem Berechtigten zur Füllung seiner Cisterne dient, abgeleitet würde. Auch hier sind die possessorischen Rechtsmittel des §. 339 statthaft[1]), und insbesondere können auch die Anordnungen der §§. 340—343 dießfalls zur Anwendung kommen, weil gerade durch Bauführungen die Ausübung solcher Grunddienstbarkeiten leicht gefährdet werden kann. Deßhalb heißt es auch in den §§. 340 und 341: „Wird der Besitzer einer unbeweglichen Sache oder eines dinglichen Rechtes . . . .“ und „Kann der Besitzer eines dinglichen Rechtes beweisen“ u. s. w. Das römische Recht gab dem Servitutsinhaber außer den Interdicten auch noch die actio Publiciana, um sich in seinem Usucapions-Besitze zu schützen. Unser b. G. B. hat nun zwar die der Publicianischen nachgebildete Klage mit dem Namen der Klage „aus dem rechtlich vermutheten Eigenthume“ bezeichnet (§. 372), nichtsdestoweniger findet aber auch bei Dienstbarkeiten eine analoge Klage statt, vermöge welcher derjenige, der den giltigen Titel und die echte Art, wodurch er zu ihrem Besitze gelangt ist, darthun kann, gegen jeden, der nur einen schwächeren Titel seines (freien) Besitzes anzugeben vermag, als wirklich berechtigt angesehen, und in den verlornen Besitz seiner Dienstbarkeit wieder eingesetzt werden muß (vgl. Bd. I, S. 466 b. W.); weßhalb der §. 523 verfügt, daß der Kläger, der gegen den Eigenthümer das Recht der Dienstbarkeit behauptet, wenigstens den Besitz derselben als eines dinglichen Rechtes beweisen müsse[2]).

3. Außer den possessorischen Rechtsmitteln steht dem Servitutsberechtigten auch noch eine petitorische Klage zu, welche im römischen Rechte mit dem Namen der actio confessoria (auch vindicatio servitutis, petitio juris) bezeichnet zu werden pflegt. Diese Klage kann nur derjenige mit Erfolg anstellen, dem wirklich die betreffende Dienstbarkeit gebührt, also bei Grunddienstbarkeiten der Eigenthümer des herrschenden Gutes, bei den persönlichen Dienstbarkeiten der Gebrauchsberechtigte, der Fruchtnießer und der Wohnungsberechtigte. Sie ist gegen jeden gerichtet, welcher den Servitutsinhaber an der Ausübung seines Rechtes hindert, oder ihn darin stört. Im §. 523 heißt es zwar nur, daß man gegen den Eigenthümer das Recht der Servitut behaupten könne; allein dieß dürfte wohl deßhalb geschehen sein, weil derlei Störungen gewöhnlich nur von dem Eigenthümer der dienstbaren Sache ausgehen, und weil gegen Eingriffe von anderer Seite meistens die possessorischen Rechtsmittel ausreichen werden. Der Zweck der Klage, folglich auch das Petitum derselben, geht auf Anerkennung der Dienstbarkeit, und somit auf Beseitigung dessen, was der Ausübung derselben entgegensteht, Untersagung künftiger Störung und Ersatz alles verursachten Schadens. Was endlich den Beweis anbelangt, welchen der Kläger bei der actio confessoria zu führen hat, so heißt es im §. 523, daß er die Erwerbung

---

[1]) Das Rechtsmittel des §. 346 ist minder anwendbar, weil bei Grunddienstbarkeiten die dienstbare Sache sich nicht in den Händen des Berechtigten befindet, daher eine Entziehung aus denselben nicht stattfinden kann.

[2]) Vgl. den in der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1858, Nr. 129 und 130 dargestellten Rechtsfall.

der Servitut darthun müsse[1]). Er hat also nicht nur den Titel, sondern auch die Erwerbungsart nachzuweisen, ohne welche das dingliche Recht der Dienstbarkeit nicht erlangt werden kann (§§. 480 und 481). Bei Grunddienstbarkeiten muß sich der Kläger wohl auch der Natur der Sache nach als Eigenthümer, oder wenigstens als redlicher Besitzer des herrschenden Gutes ad causam legitimiren.

4. Eine andere Klage, welche in Ansehung der Dienstbarkeiten Platz greift, ist diejenige, mittelst welcher sich der Eigenthümer einer Sache über die Anmaßung einer Servitut oder darüber beschwert, daß der Servitutsinhaber die Gränzen seines Rechtes überschreitet, z. B. die Dienstbarkeit des Fußsteiges in jene des Fahrweges umwandelt. Auch hier dürften vor allem die possessorischen Rechtsmittel als statthaft erscheinen. Der Eigenthümer wäre also berechtigt, im Falle die richterliche Hilfe zu spät käme, Gewalt mit angemessener Gewalt abzutreiben (§. 344), z. B. das Vieh, welches mit Gewalt auf seine Weide aufgetrieben werden wollte, zu verjagen, oder gegen den unechten Besitzer der Dienstbarkeit die Zurücksetzung in die vorige Lage, die Untersagung jedes weiteren Eingriffes und die Schadloshaltung einzuklagen (§§. 339 und 346). Es steht ihm aber auch eine petitorische Klage zu, welche die Civilisten mit dem Namen der actio negatoria (negativa in rem actio) zu bezeichnen pflegen. So wie nämlich bei der Vorenthaltung des Besitzes einer Sache die Eigenthumsklage (§. 366) stattfindet, so ist bei andern Verletzungen des Eigenthums, eben also auch bei der Anmaßung einer Dienstbarkeit, durch die das Eigenthum jedenfalls beschränkt würde, eine Klage auf Anerkennung der Freiheit desselben (vindicatio libertatis) begründet. Sie steht nur dem Eigenthümer der Sache zu, auf welcher sich der Beklagte eine Dienstbarkeit anmaßt, nicht auch dem Pfandgläubiger oder Fruchtnießer, denen sie im römischen Rechte utiliter zugestanden wurde, noch weniger einem bloßen Bestandnehmer u. dgl. Sie steht gegen jeden zu, der sich ein Dienstbarkeitsrecht in der Sache anmaßt, und ihr Zweck ist auf die Negation dieses Rechtes (daher auch der Name), also auf Beseitigung des zur Ausübung desselben etwa Vorgekehrten (z. B. eines eingefügten Balkens), Untersagung weiterer Eingriffe (z. B. des Viehauftriebes) und Schadloshaltung gerichtet. Hinsichtlich der Beweislast spricht sich der §. 523 dahin aus, daß der Kläger „die Anmaßung der Servitut in seiner Sache“ beweisen müsse. Hierunter ist jedenfalls der Nachweis der factischen Grundlage zu verstehen, daß nämlich der Gegner thatsächlich ein Recht für sich in Anspruch genommen habe, welches unter den Begriff einer Servitut fällt, daß er also z. B. über das Grundstück des Klägers gegangen sei, unter dem Vorgeben, es stehe ihm das Recht des Fußsteiges zu. Hätte er sich eines solchen Rechtes bloß gerühmt, ohne es factisch auszuüben, so fände gegen ihn die Aufforderungsklage, und nicht die actio negatoria statt. Ebenso ist es kaum zweifelhaft, daß der Kläger im Falle des Widerspruches sein Eigenthum an der in Frage stehenden Sache beweisen müsse, denn dieses ist eigentlich der Grund der Klage, worauf auch der §. 523 mit den Worten „in seiner Sache“ hinzudeuten scheint. Dagegen ist es unter den Rechtslehrern streitig, ob dem Negatorienkläger auch noch der Beweis der Freiheit seiner Sache von der angeblichen Servitut obliege, oder ob es nicht vielmehr Aufgabe des Beklagten sei, die Behauptung einer ihm zustehenden Servitut im Wege der Einrede zu rechtfertigen? Am richtigsten dürfte zu unterscheiden sein, ob sich der Beklagte im (ungestörten) Besitze der angeblichen Dienstbarkeit befinde (§. 312) oder nicht. Im ersten Falle scheint die Last des Beweises auf der Seite des Klägers zu sein, weil nach §. 323 der Besitzer die rechtliche Vermuthung eines giltigen Titels für sich hat, also zur Angabe desselben nicht aufgefordert werden kann, und dieß selbst dann nicht, wenn der Besitz mit andern rechtlichen Vermuthungen, z. B. mit der Freiheit des Eigenthums (§. 324)

---

[1]) Von dem Falle, wo nur der Besitz der Dienstbarkeit als eines dinglichen Rechtes erwiesen wird, ist schon oben unter Z. 2 gehandelt worden.

im Widerspruche steht [1]). Im zweiten Falle aber kann dem Kläger kein weiterer Beweis der Freiheit seines Eigenthumes auferlegt werden, denn für diese streitet schon, wie sich eben aus §. 324 ergibt, die rechtliche Vermuthung, die nach den Vorschriften der Gerichtsordnung gerade von der Last des Beweises enthebt, und die mit dem Begriffe des Eigenthums, als dem Rechte, beliebig und ausschließend über eine Sache zu verfügen (§§. 354 und 362), im innigsten Zusammenhange steht [2]).

Auf der hier entwickelten Ansicht beruht auch der von dem obersten Gerichtshofe mit der Entscheidung v. 23. October 1872, Z. 5633, ausgesprochene, in das Spruchrepertorium unter Nr. 27 eingetragene Grundsatz, daß im Falle der negatorischen Servitutsklage der Beklagte das rechtliche Dasein der Dienstbarkeit und nicht der Kläger die Freiheit seines Eigenthumes zu beweisen habe.

§. 524.

Erlöschung der Dienstbarkeiten. Im Allgemeinen.

Die Servituten erlöschen im Allgemeinen auf diejenigen Arten, wodurch, nach dem dritten und vierten Hauptstücke des dritten Theiles, Rechte und Verbindlichkeiten überhaupt aufgehoben werden.

---

[1]) In diesem Sinne wurde der von J. Turnes in der allg. öst. Ger. Ztg. 1851, Nr. 271 Blge. mitgetheilte Rechtsfall entschieden, in welchem es sich um die Ausübung eines Weiderechtes handelte, das der Beklagte seit unvordenklichen Zeiten auf dem Grunde des Klägers ausgeübt hatte. In den dießfälligen Entscheidungsgründen heißt es: „Bei der actio negatoria genügt es nicht, bloß die Ausübung einer Servitut von Seite eines andern darzuthun, sondern es müsse gezeigt werden, daß sich derselbe eine Servitut anmaße, d. h. daß die Servitut widerrechtlich ausgeübt werde, und eine Rechtsverletzung bilde .... Das Wort Anmaßung in §. 523 sei nicht mit Ausübung zu verwechseln .... und setze einen unerlaubten Gebrauch oder eine unbefugte Handlung voraus, als welche eine Besitzesausübung insolange nicht betrachtet werden könne, bis nicht die Unrechtmäßigkeit derselben erwiesen, d. h. gezeigt ist, daß der Rechtstitel des Geklagten nicht giltig, oder eine Besitzeserwerbung nicht möglich, oder das bestandene Besitzesrecht erloschen sei." — Auf ähnlichen Anschauungen beruht die Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 30. December 1854, Z. 13109 (in Glaser's und Unger's Sammlg. Nr. 971). — Der negativ Geklagte — heißt es in den Entscheidungsgründen — kann nur in dem Falle sein, die allegirte Anmaßung der Servitut zu widersprechen und nöthigenfalls den Gegenbeweis zu führen. Das bloße Widersprechen des Eigenthümers, der die fernere Ausübung einer Dienstbarkeit auf seinem Grunde nicht mehr dulden will, daß sein Gegner diese Dienstbarkeit, in deren Besitz er ist, erworben habe, ist noch kein Beweis der Anmaßung der Servitut, also auch noch keine Nöthigung, daß er als Besitzer den Titel seines Besitzes nachweise. Ebenso heißt es in den Motiven der Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 14. März 1854, Z. 2135 (Glaser's und Unger's Sammlg. Nr. 14): Die Vermuthung der Freiheit des Eigenthums wird durch den Besitz der Servitut, in welchem sich der Geklagte befindet, völlig aufgehoben; denn auch dieser Besitz hat nach §. 323 des b. G. B. die Vermuthung eines giltigen Titels für sich, so daß der Geklagte nicht einmal aufgefordert, geschweige denn gezwungen werden kann, ihn anzugeben. Da nun diese beiden Vermuthungen sich gegenseitig aufheben und zerstören, bleibt nichts übrig, als den dem Beklagten günstigen Besitzstand, in welchem erhalten zu werden er fordern kann, aufrecht zu halten, bis der Kläger ein stärkeres Recht dargethan hat. — Nahezu gleichlautend sind die Gründe der Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 8. Juli 1856, Z. 5140, in Glaser's und Unger's Sammlg. Nr. 208. — Vgl. auch die Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 5. November 1862, Z. 6940, in Nr. 20 der Ger. Halle v. J. 1863, worin gefordert wird, daß der Negatorienkläger die „Anmaßung" der Dienstbarkeit, d. i. den Umstand nachweist, daß die Realität von der betreffenden Dienstbarkeit frei ist, und daß der Geklagte sich dieselbe unbefugter Weise angemaßt habe. (S. auch den in Nr. 46 der Ger. Halle v. J. 1860 mitgetheilten Rechtsfall.) — Von einer entgegengesetzten Anschauung scheinen die Entscheidungen des obersten Gerichtshofes vom 24. December 1857, Z. 12924, in der allg. österr. Ger. Ztg. J. 1859, Nr. 59, und vom 24. Jänner 1860, Z. 14917, ebd. J. 1860, Nr. 71 auszugehen. In den Motiven der ersteren heißt es: der gemeinrechtliche Grundsatz, wornach der Besitzer einer Sache zur Angabe des Titels seines Besitzes nicht aufgefordert werden kann, ist dahin zu verstehen, daß der Besitzer nur nicht genöthigt werden kann, als Kläger aufzutreten und den Titel nachzuweisen; er hat aber keineswegs den Sinn, als ob derselbe auch seinen Titel dann nicht nachzuweisen hätte, wenn er mit der Eigenthumsklage belangt, und von dem Kläger das stärkere Recht zum Besitze, nämlich das Eigenthum, dargethan wurde; dieser Grundsatz kommt, wie gegen den Besitzer einer Sache, der als solcher die dem Eigenthümer zustehende Herrschaft über die Sache ausübt, und den der Eigenthümer, welcher sein Recht nachgewiesen hat, davon gänzlich ausschließt, ebenso auch gegen denjenigen zur Anwendung, der die rechtliche Herrschaft des Eigenthümers über die Sache durch den (Quasi-) Besitz eines der im Eigenthume enthaltenen Rechte an derselben beschränkt, weil, was von dem Ganzen gilt, auch von einem Theile des Ganzen gelten muß .... Nach §. 523 des b. G. B. hat der Negatorienkläger nicht (?) eine Usurpation im eigentlichen Sinne des Wortes, sondern die Anmaßung der Servitut von Seite des Beklagten zu beweisen, mit andern Worten: daß dieser die Servitut geltend mache, ohne hierzu ein Recht zu haben. Die Ausübung der Servitut begründet aber an sich noch nicht das Recht hierzu, welches nach den besonderen gesetzlichen Vorschriften erworben werden muß; wenn mithin der Beklagte den Erwerb des Rechtes behauptet, muß er selbst den Beweis dieses positiven Ereignisses, und nicht der Kläger den seiner Natur nach meistentheils unmöglichen Beweis des Nichterwerbes führen. — In ähnlicher Weise spricht sich auch die Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 31. Juli 1862, Z. 4982, in Nr. 60 der Ger. Ztg. v. J. 1863 aus. Allein es darf dabei nicht übersehen werden, daß in dem letztberührten Falle der Kläger sein Eigenthumsrecht auf einen Brunnen, aus welchem der Geklagte Wasser zu schöpfen pflegte, nachgewiesen, und weiter durch den Grundbuchsextract dargethan hatte, daß seine Realität mit keiner Dienstbarkeit bezüglich dieses Brunnens grundbücherlich belastet sei; daher sich der Beklagte wenigstens nicht im bücherlichen Besitze der streitigen Servitut befand. — Wir meinen übrigens, daß auch dieser Umstand nicht entscheidend sei, und daß der phisische Besitzer ebenso wenig als der bücherliche Besitzer zur Angabe seines Titels verhalten werden könne, wenn es sich nur um seine Vertheidigung gegen die Negatorienklage handelt.

[2]) Dieser Ansicht pflichtet auch Dr. Leo Nagel in seinem Aufsatze: Ueber die Beweislast bei der Negatorienklage gegen behauptete Grunddienstbarkeiten (allg. österr. Ger. Ztg. J. 1861, Nr. 136), im wesentlichen bei.

1. Hinsichtlich der Erlöschung der Dienstbarkeiten wird im vorstehenden §. auf den letzten Theil des b. G. B., „von den gemeinschaftlichen Bestimmungen der Personen- und Sachenrechte," verwiesen, wo das III. H. St. von der Aufhebung der Rechte und Verbindlichkeiten, und das IV. von der Verjährung (und Ersitzung) handelt. Aus der Reihe der dort aufgeführten Erlöschungsarten ist 1. die Zahlung auf Servituten nicht anwendbar, weil diese ein fortdauerndes Verhältniß voraussetzen, das nicht durch eine ein- oder mehrmalige Leistung aufgehoben werden kann [1]). 2. Das gleiche gilt von der Compensation, welche deßhalb als unanwendbar erscheint, weil das Recht der Dienstbarkeit sich auf eine bestimmte Sache bezieht und deßhalb keine Stellvertretung zuläßt, auch nach §. 485 weder auf eine andere Person noch auf eine andere Sache übertragen werden kann [2]). Weiters wird 3. die Vereinigung im §. 526; 4. der Untergang der Sache im §. 528; 5. der Tod im §. 529 und 6. der Zeitverlauf in den §§. 527 und 528 insbesondere behandelt; es erübrigt also hier nur noch 7. von der Entsagung (§. 1444) zu sprechen, da die Erörterung über die Verjährung der Servituten der Erläuterung des Hauptstückes von der Verjährung überhaupt vorbehalten bleiben muß.

2. Die Entsagung führt eine Erlöschung der Dienstbarkeit dann herbei, wenn der Servitutsinhaber befugt war, sich seines Rechtes zu begeben (§. 1444), wenn er also das freie Dispositionsrecht hatte, oder bei einer Gemeinschaft der Rechte alle Interessenten dazu einwilligten (§. 828). Daß die Verzichtleistung nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend geschehen kann, unterliegt nach §. 863 keinem Zweifel.

§. 525.

Besondere Anordnung bei der Erlöschung;

a) durch den Untergang des dienstbaren oder herrschenden Grundes;

Der Untergang des dienstbaren oder des herrschenden Grundes stellt zwar die Dienstbarkeit ein; sobald aber der Grund oder das Gebäude wieder in den vorigen Stand gesetzt ist, erhält die Servitut wieder ihre vorige Kraft.

1. Der gänzliche Untergang einer Sache hebt nach §. 1447 alle Verbindlichkeit auf. Dieß muß natürlicher Weise auch bei Dienstbarkeiten der Fall sein, wenn das dienstbare Gut völlig zu Grunde geht, weil hier die weitere Ausübung der Servitut geradezu unmöglich ist. Der vorstehende §. spricht zwar nur von einer Einstellung der Dienstbarkeit, vermuthlich aber bloß deßhalb, weil der Fall eines gänzlichen Unterganges, so daß keine Hoffnung der Wiederherstellung vorhanden ist, nur selten eintreten dürfte [3]). Ist der Untergang ein bloß theilweiser, so haftet die Dienstbarkeit wenigstens an dem noch übrig bleibenden Antheile fort (§. 485 und S. 92 d. W.). Eine gänzliche Umgestaltung der dienstbaren Sache muß wohl dem Untergange derselben gleichgesetzt werden, weil hierbei wirklich der Gegenstand (in seiner früheren Gestalt) zu existiren aufhört. Hierbei macht es keinen Unterschied, ob der Untergang der Sache durch Zufall, oder durch Verschulden eines oder des andern Theiles herbeigeführt wurde; allerdings aber wird die Entscheidung der Frage davon abhängen, ob und wem dießfalls eine Entschädigung gebühre (§§. 1295 und 1311).

2. Wird die dienstbare Sache wieder in den vorigen Stand gesetzt, so erhält die Servitut, die hier eigentlich nicht erloschen, sondern nur eingestellt war, auch wieder ihre vorige Kraft, wenngleich seit dem Untergange die Verjährungsfrist bereits verstrichen wäre, denn die Verjährung setzt voraus, daß das verjährte

---

[1]) S. Winiwarter, bürg. Recht Bd. 2, S. 346.
[2]) S. Winiwarter, ebd. S. 347.
[3]) Nichtsdestoweniger wäre dieß möglich, wenn z. B. der Fluß seine bleibende Richtung über einen Grund nimmt, der früher als Weide diente. Vgl. Schuster's Baurecht, S. 178.

Recht an sich hätte ausgeübt werden können (§. 1478), was hier nicht der Fall war [1]). Die Wiederherstellung braucht übrigens nicht vollkommen in der früheren Weise zu geschehen, sondern es genügt, wenn sie nur auf eine solche Art erfolgt, daß die Dienstbarkeit neuerdings ausgeübt werden kann [2]). Würde dieß dagegen nicht der Fall sein, z. B. die eingestürzte Mauer, auf welcher die Last des herrschenden Gutes ruhte, so schwach aufgeführt werden, daß sie diese Last nicht mehr zu tragen vermöchte, so könnte der Servitutsinhaber, wenn die Herstellung erst begonnen wird, sich der ihm zustehenden possessorischen oder petitorischen Rechtsmittel (s. S. 122 d. W.), insbesondere bei Bauführungen der sog. novi operis nunciatio (vgl. §§. 340 bis 342 und die Erläuterungen derselben) bedienen, und die Herstellung in der Art verlangen, wie sie die Ausübung seines Rechtes erheischt [3]), nur muß er hierbei auch zugleich der ihm nach §. 483 obliegenden Verbindlichkeit Genüge leisten. Wäre aber die Herstellung bereits erfolgt, ohne daß der Dienstbarkeitsberechtigte dagegen Einsprache gethan, so könnte er im allgemeinen die Hinwegräumung des entgegenstehenden Hindernisses begehren (§. 1323), z. B. der Hecke, mit welcher die wieder entsumpfte Weide umgeben wurde; wenn aber, wie bei Gebäuden (vgl. §§. 407—419), die Zurücksetzung in den vorigen Stand nicht thunlich wäre, müßte er sich mit dem Ersatze des ihm durch die Vereitlung der Dienstbarkeit zugehenden Schadens begnügen (§. 1323), wobei jedoch gleichfalls wieder der Betrag in Abzug zu bringen wäre, den er nach §. 483 selbst auf die Herstellung der Sache hätte verwenden müssen.

3. Da bei Grunddienstbarkeiten das berechtigte Subject gewissermaßen eine Sache ist, mit deren Besitze das Recht zu deren vortheilhafteren oder bequemeren Benützung verknüpft wurde (§§. 473 und 474), so ist es natürlich, daß mit dem Untergange des herrschenden Gutes (ähnlich wie mit dem Tode des Berechtigten bei den persönlichen Dienstbarkeiten, s. unten §. 529) auch die Servitut erlösche; doch gilt hier sowohl in Ansehung eines bloß theilweisen Unterganges, als in Beziehung auf das Wiederaufleben der Dienstbarkeit im Falle der Wiederherstellung der herrschenden Sache das oben unter Z. 2 bemerkte; nur kömmt hier noch des Falles zu erwähnen, wo das herrschende Gut in einer Weise hergestellt wurde, daß die Dienstbarkeit nicht weiter dadurch ausgeübt wird; wenn z. B. das Gebäude in solcher Art wieder aufgeführt wurde, daß die Last desselben nicht mehr auf der fremden Mauer ruht. Hier könnte nach Umständen eine stillschweigende Verzichtleistung eingetreten sein (§. 863); wenn aber dieß nicht der Fall war, so bleibt zwar die Dienstbarkeit aufrecht, sie kann aber dann allerdings durch fortgesetzten Nichtgebrauch erlöschen, wovon bei der Lehre von der Verjährung die Rede sein wird.

§. 526.

[Erlöschung der Dienstbarkeiten] b) durch Vereinigung;

Wenn das Eigenthum des dienstbaren und des herrschenden Grundes in Einer Person vereiniget wird, hört die Dienstbarkeit von selbst auf. Wird aber in der Folge Einer dieser vereinigten Gründe wieder veräußert, ohne daß inzwischen in den öffentlichen Büchern die Dienstbarkeit gelöschet worden; so ist der neue Besitzer des herrschenden Grundes befugt, die Servitut auszuüben.

1. Das Recht der Dienstbarkeit setzt immer eine fremde Sache voraus, an der es ausgeübt wird (vgl. S. 79 d. W.); es erlischt daher nothwendiger Weise, wenn das Eigenthum des dienstbaren und des herrschenden Gutes (z. B. durch

[1]) Ellinger (Handb. S. 209) ist der entgegengesetzten Ansicht, weil die factische Unmöglichkeit, die Dienstbarkeit auszuüben, den Lauf der Verjährung nicht hemme, vielmehr im §. 1478 eine solche Wirkung nur der rechtlichen Unmöglichkeit der Verfolgung seines Rechtes beigelegt sei. — Allein hiervon findet sich im §. 1478 keine Spur. Die Worte „an sich“ wollen nur andeuten, daß die Unmöglichkeit der Ausübung, welche bloß in subjectiven Verhältnissen des Berechtigten gelegen war (z. B. in einer Krankheit desselben), den Lauf der Verjährung nicht hindere.

[2]) S. Schuster, Baurecht S. 182.

[3]) S. Schuster, a. a. O. S. 194.

Kauf oder im Wege der Erbfolge u. dgl.) in einer Person vereinigt wird (§. 1445); oder bei persönlichen Dienstbarkeiten, wenn der Berechtigte das Eigenthum der zum Gebrauche, zur Fruchtnießung oder zur Wohnung bestimmten Sache erwirbt. Bei einer theilweisen Vereinigung kann die Servitut auf dem noch übrig bleibenden Theile fortbestehen, wofern sie nicht eben auf jenen Theil beschränkt war, mit welchem die Vereinigung vor sich ging, wie z. B. bei dem Rechte, aus einer fremden Quelle Wasser zu schöpfen, der Fall sein kann, wenn gerade jener Theil des Grundstückes, auf welchem sich die Quelle befindet, in das Eigenthum des Dienstbarkeits-Berechtigten überging.

2. Wird in der Folge einer der vereinigten Gründe wieder veräußert, so kann dadurch allein die bereits erloschene Servitut nicht wieder aufleben; wenn aber die Dienstbarkeit in den öffentlichen Büchern eingetragen war (§. 481) und inzwischen nicht gelöscht wurde, so ist sie eben deßhalb als noch aufrecht bestehend anzusehen (vgl. beim Pfandrechte §. 469 u. S. 79 d. W.); es wird daher sowohl der neue Besitzer des herrschenden Grundes, wenn dieser veräußert wurde, als umgekehrt, der bisherige Besitzer desselben, wenn eine Veräußerung des dienstbaren Gutes stattgefunden hat [1]), die Servitut wieder auszuüben befugt.

3. Eine Erlöschung durch Consolidation tritt auch dann ein, wenn der Eigenthümer der dienstbaren Sache dieselbe dem Berechtigten abtritt, weil er zu dem, für ihre Erhaltung und Herstellung nöthigen Aufwande nicht beitragen will (§. 483), dann, wenn der Gebrauchsberechtigte vom Gebrauche abstehen muß, weil die Erhaltungskosten der Sache denjenigen Nutzen übersteigen, der dem Eigenthümer übrig bleibt (§. 508), endlich wenn die zum Fruchtgenusse bestimmte Sache dem Eigenthümer gegen eine billige Abfindung überlassen wird, weil der Fruchtnießende keine entsprechende Sicherstellung leistet (§. 520).

§. 527.

[Erlöschung der Dienstbarkeiten] c) durch Zeitverlauf;

Hat das bloße zeitliche Recht desjenigen, der die Servitut bestellt hat, oder die Zeit, auf welche sie beschränkt worden ist, dem Servituts-Inhaber aus öffentlichen Büchern, oder auf eine andere Art bekannt sein können; so hört nach Verlauf dieser Zeit die Servitut von selbst auf.

1. War das Recht desjenigen, der die Servitut bestellt hat, ein bloß zeitliches, wie wenn z. B. jemandem eine Sache unter einer auflösenden Bedingung zugewendet war (vgl. S. 68 d. W.), oder bei dem Fruchtgenusse des Ehemannes an dem Heiratsgute, welcher nach §. 1227 auf die Dauer der ehelichen Gemeinschaft beschränkt ist, so muß in der Regel mit dem Aufhören dieses zeitlichen Rechtes auch die Dienstbarkeit erlöschen, weil niemand einem andern mehr Rechte einräumen kann, als er selbst hat (§. 442). War die fragliche Beschränkung aus den öffentlichen Büchern zu ersehen, so hört die Servitut auf jeden Fall auf, der Erwerber derselben mochte von den obwaltenden Umständen Kenntniß haben oder nicht, denn wer die öffentlichen Bücher nicht einsieht, leidet nach §. 443 in allen Fällen für seine Nachlässigkeit. Handelt es sich dagegen um eine Beschränkung, welche nicht in öffentlichen Büchern erscheint, so würde die Servitut auch nach aufgehobenem Recht ihres Bestellers fortdauern, wenn sich nicht erweisen ließe, daß die gedachte Beschränkung dem Servituts-Inhaber bekannt war, oder wenigstens hätte bekannt sein können, wenn er die gehörige Aufmerksamkeit angewendet haben würde; so daß also jedenfalls eine Nachlässigkeit von seiner Seite vorausgesetzt werden müßte, wenn die Dienstbarkeit erlöschen sollte, wie sich aus der Analogie der §§. 443 und 468 ergibt [2]).

2. Wurde die Dienstbarkeit schon bei der Bestellung nur auf eine bestimmte Zeit oder unter einer auflösenden Bedingung eingeräumt, so führt natürlich

---

[1]) S. Ellinger, Handb. S. 120.
[2]) S. Winiwarter, bürg. Recht Bd. 2, S. 352.

der Ablauf dieser Zeit oder der Eintritt der Bedingung auch die Erlöschung der Dienstbarkeit herbei (§§. 696, 897 und 1449).

§. 528.

Eine Servitut, welche Jemandem bis zur Zeit, da ein Dritter ein bestimmtes Alter erreicht, verliehen wird, erlischt erst zu der bestimmten Zeit, obschon der Dritte vor diesem Alter verstorben ist.

In dem vorstehenden §. hat das Gesetz eine Anordnung, welche Justinian[1]) bloß in Ansehung der Fruchtnießung getroffen hatte, auf alle Dienstbarkeiten ausgedehnt, indem es in der Bestimmung des Alters, welches ein anderer erreichen soll, nicht eine Bedingung, sondern vielmehr nur eine Zeitbestimmung sieht.

§. 529.

Erlöschung der persönlichen Servituten insbesondere.

Persönliche Servituten hören mit dem Tode auf. Werden sie ausdrücklich auf die Erben ausgedehnt, so sind im Zweifel nur die ersten gesetzlichen Erben darunter verstanden. Das einer Familie verliehene Recht aber geht auf alle Mitglieder derselben über. Die von einer Gemeinde oder einer anderen moralischen Person erworbene persönliche Servitut dauert so lange als die moralische Person besteht.

1. Daß die persönlichen Dienstbarkeiten mit dem Tode des Berechtigten aufhören, liegt schon im Begriffe derselben und in dem Grundsatze der Unübertragbarkeit dieser Rechte (§. 485).

2. Allerdings kann aber bei Bestellung der Dienstbarkeit die Verfügung getroffen werden, daß sie auch auf die Erben übergehen solle. Welche Erben hierunter zu verstehen seien, ob die gesetzlichen oder testamentarischen, ob die ersten oder auch die nachfolgenden, müßte zuvörderst aus der getroffenen Anordnung entnommen werden. Allerdings dürfte aber hierbei die Beschränkung des §. 612 einzutreten haben; denn die in Frage stehende Bestimmung ist nichts anderes als eine fideicommissarische Substitution (§. 608), welche sowohl bei Erbseinsetzungen, als bei Vermächtnissen (§. 652) an die Gränzen des oben erwähnten §. gebunden erscheint; doch sind wir der Ansicht, daß eine solche Dienstbarkeit immerhin auf die Erben des zweiten Grades übergehen könne, wenn es sich auch um den Gebrauch oder um den Fruchtgenuß einer unbeweglichen Sache handelt, weil diese Rechte doch immer den beweglichen Sachen beizuzählen sind (§. 298).

3. Waltet über die Absicht des Bestellers ein Zweifel ob, so geht die persönliche Dienstbarkeit nur auf die ersten gesetzlichen Erben über, also auf diejenigen Personen, welchen das Gesetz einen Erbtheil zuweist, wenn der Verstorbene keine giltige Erklärung des letzten Willens hinterlassen hat. Mit dem Tode dieser aber erlischt auch das Recht, und kann von ihnen nicht auf ihre weiteren Erben übertragen werden. Hierbei ist streitig, ob die gesetzlichen Erben das Recht der Dienstbarkeit auch dann für sich in Anspruch nehmen können, wenn sie nicht in den Nachlaß des Servitutsinhabers succediren, weil dieser anderweitig über denselben verfügte? Nippel (Erl. Bd. 3, S. 698) will sie ausgeschlossen wissen; denn durch die Anordnung des Verleihers der Servitut werde es dem Servitutsinhaber lediglich möglich gemacht, das von ihm genossene Servitutsrecht auch durch Ueberlassung der Erbschaft auf diejenigen zu übertragen, welche von dem Gesetze zur Erbschaft berufen sind; aber es folge aus der ursprünglichen Verleihung nicht, daß die vom Gesetze berufenen Erben auch ohne Erbschaftsantretung in den Genuß des Servitutsrechtes eintreten. Wir haben dagegen schon oben bemerkt, daß uns die in Frage stehende Anordnung als eine fideicommissarische Substitution erscheint, ver-

---

[1]) In der const. 12. Cod. de usufr. (3, 33).

möge welcher der Servitutsinhaber verpflichtet wird, die Dienstbarkeit nach seinem Tode einer bestimmten Person — hier seinen gesetzlichen Erben — zu überlassen. Dieses Recht, welches ihnen durch den Verleiher der Dienstbarkeit zugewendet wurde, darf ihnen unseres Erachtens von dem Erwerber der Servitut nicht entzogen werden, und es scheint uns daher gleichgiltig, ob sie in den übrigen Nachlaß desselben auch wirklich im Wege der gesetzlichen Erbfolge eintreten oder nicht [1]).

4. Wurde das Recht der Dienstbarkeit einer Familie verliehen, so geht es nach der Bestimmung des §. 529 auf alle Mitglieder über; da nun nach §. 40 unter Familie die Stammeltern mit allen ihren Nachkommen verstanden werden, so gälte obige Anordnung nicht nur von jenen Familiengliedern, welche Zeitgenossen des Bestellers der Dienstbarkeit sind, sondern auch von jenen, welche zur Zeit der Errichtung derselben noch nicht geboren waren. Allein hierdurch würde ein Familienfideicommiß begründet, denn unter einem solchen versteht das Gesetz im §. 518 eine Anordnung, kraft welcher ein Vermögen für alle künftigen oder doch für mehrere Geschlechtsfolger als ein unveräußerliches Gut der Familie erklärt wird; der allgemeine Ausdruck „Vermögen" scheint aber allerdings auch das Recht der Fruchtnießung oder des Gebrauches in sich zu begreifen. Nun darf nach §. 627 ein Fideicommiß nicht ohne besondere Einwilligung der gesetzgebenden Gewalt errichtet werden; es würde also durch obige Auslegung, die z. B. von Winiwarter (bürgl. Recht Bd. 2, S. 355) angenommen wurde, mit dieser Anordnung in geraden Widerspruch getreten. Dagegen können wir anderseits auch der Meinung Schuster's (Comment. S. 135) nicht beipflichten, daß der Gesetzgeber mit dem Ausdruck „alle Mitglieder" nur die zur Zeit der Bestellung der Dienstbarkeit bereits vorhandenen bezeichnen wollte, weil er sich dann gewiß deutlicher hierüber erklärt hätte (etwa wie im §. 611). Wir glauben vielmehr, daß, weil das Gesetz im Zusammenhange aufgefaßt werden muß (§. 6), die Anordnung des §. 529 durch jene des §. 612 ihre Beschränkung erhalte.

5. Die von einer juristischen Person erworbene persönliche Servitut dauert nach dem Schlußsatze des §. 529 so lange, als diese Person besteht, weil dieses Bestehen dem Leben der phisischen Person gleich geachtet werden muß, und die Lebensdauer der einzelnen Mitglieder, die von der juristischen Person selbst wohl unterschieden werden müssen, nicht in Betrachtung kommen kann.

6. Außer den bisher aufgeführten Erlöschungsarten der Dienstbarkeiten kommen noch einige andere hervorzuheben, welche sich aus nachfolgenden Bestimmungen ergeben:

a) Es ist schon oben (S. 94, Z. 2) bemerkt worden, daß Dienstbarkeitsrechte auch mit den auf derselben Sache bereits früher eingeräumten Pfandrechten in Collision gerathen können, und daß sie daher erlöschen, wenn der ältere Hypothekargläubiger von seinem Rechte Gebrauch macht und die Hintangabe der in Execution gezogenen dienstbaren Sache ohne Rücksicht auf die darauf haftende Last der Dienstbarkeit begehrt. Durch die Concurseröffnung allein wird aber die Servitut nicht aufgehoben, sondern es kommt der oben (S. 93) bei §. 485 angeführte §. 32 der Conc. Odg. in Anwendung.

b) Da es zum Wesen der Dienstbarkeit gehört, daß dieselbe dem Berechtigten zu irgend einem Vortheile gereiche, so muß sie auch dann als erloschen angesehen werden, wenn solche Umstände eingetreten sind, daß sich ein derartiger Vortheil nicht mehr denken läßt (vgl. die Erläuterung zu §. 472, S. 80 d. W., Z. 5).

c) Weiters muß die Dienstbarkeit erlöschen, wenn die Sache, an der sie ausgeübt wird, dem Verkehre entzogen wird (§. 880), oder

d) wenn sie zum allgemeinen Besten abgetreten werden muß (§. 365).

---

[1]) S. Winiwarter, bürg. Recht Bd. 2, S. 354.

e) Endlich kann aus öffentlichen Rücksichten auch die Aufhebung einer Dienstbarkeit (ohne Expropriation des dienstbaren Gutes) angeordnet werden. Dieß geschah z. B. durch das Pat. v. 7. Septemb. 1848, §. 7; das Pat. v. 4. März 1849, Nr. 152 des R. G. Bl., §. 4; dann das Pat. v. 15. August 1849, Nr. 361 des R. G. Bl. (für Galizien), §. 8, und das Pat. v. 12. März 1851, Nr. 89 ebd. (für Krakau), §. 1, lit. b) in Ansehung des dorfobrigkeitlichen Blumensuch- und Weiderechtes, sowie der Brach- und Stoppelweide. Weiters enthält das Pat. v. 5. Juli 1853, Nr. 130 des R. G. Bl., umfassende Bestimmungen über Regulirung und Ablösung aller wie immer benannten Holzungs- und Bezugsrechte von Holz und sonstigen Forstproducten in oder aus einem fremden Walde, dann aller Weiderechte auf fremdem Grund und Boden, und aller hierunter nicht schon mitbegriffenen Feldservituten, bei denen entweder das dienstbare Gut Wald oder zur Waldcultur gewidmeter Boden ist, oder zwischen dem dienstbaren und dem herrschenden Gute das gutsobrigkeitliche und unterthänige Verhältniß bestanden hat, insofern sich alle diese Berechtigungen nicht bloß als zeitliche oder unbedingt widerrufliche Gestattungen darstellen. Diese Rechte sind entweder ganz oder wenigstens theilweise gegen Entgelt aufzuheben (abzulösen), wenn und inwieweit durch Ablösung und durch die Art derselben der übliche Hauptwirthschaftsbetrieb des berechtigten oder des verpflichteten Gutes nicht auf eine unersetzliche Weise gefährdet wird, wenn und inwieweit nicht überwiegende Nachtheile der Landescultur herbeigeführt werden, und wenn nicht die gegenseitig Berechtigten und Verpflichteten sich einverstanden erklären, statt der Ablösung die Regulirung eintreten zu lassen. In allen Fällen, in denen eine Ablösung nicht stattfindet, müssen sie in allen Beziehungen, sohin rücksichtlich des Umfanges, des Ortes und der Art ihrer Ausübung, der Zeit, der Dauer und des Maßes des Genusses u. s. w. dergestalt festgestellt (regulirt) werden, daß hierdurch die möglichste Entlastung des Bodens erreicht werde (§§. 4 und 5 des oberwähnten Pat.). Die Amtshandlungen der Ablösung und der Regulirung werden, insofern zwischen dem dienstbaren und dem herrschenden Gute das gutsobrigkeitliche und unterthänige Verhältniß bestanden hat, nur auf Anlangen eines interessirten Theiles (Provocation), sonst aber von Amtswegen vorgenommen (§. 6). Es ist dabei möglichst auf ein gütliches Uebereinkommen der Parteien hinzuarbeiten; über die nicht durch Vergleich beigelegten streitigen Punkte aber haben die berufenen Organe zunächst nach den Bestimmungen des in Rede stehenden Patentes, dann nach den älteren Provinzial- und den politischen Gesetzen jedes Kronlandes und dem a. b. G. B. zu entscheiden (§§. 9 und 10). Der Ausspruch kann dahin lauten, daß eine gänzliche Ablösung stattzufinden, oder daß nur ein Theil der Benützung zur Ablösung zu gelangen, in Ansehung des übrigen aber eine Regulirung Platz zu greifen habe; es kann jedoch auch bloß auf die Regulirung erkannt werden, und in diesem Falle entweder für immer, oder in der Art, daß die Regulirung nur auf eine bestimmte Zeit beschränkt werde, nach deren Verlauf die Ablösung eintreten solle (§. 13), wenn nämlich erwiesen vorliegt, oder mit Grund zu erwarten steht, daß die Bedingungen der Ablösbarkeit nach Ablauf einer bestimmten oder bestimmbaren Zeitperiode, oder im Falle einer Aenderung des Hauptwirthschaftsbetriebes eintreten werden (§. 23). Als Grundlage der Entscheidungen haben Urkunden, behördliche Erkenntnisse und der erhobene rechtmäßige Besitzstand zu dienen (§. 10). Wenn das Nutzungsrecht selbst und dessen Ausübung außer Zweifel gesetzt ist, und das Maß der letzteren und das Verhältniß der Theilnahme des Berechtigten sich jedoch auf obige Art nicht ausmitteln läßt, so ist dieses Maß und Verhältniß nach dem durchschnittlichen Ergebnisse der factischen Ausübung in den Nutzungsjahren 1836 bis einschließlich 1845 festzusetzen. Fehlen aus dieser Periode die zu einem Durchschnitte genügenden Nachweisungen, oder war das Nutzungsrecht nicht jährlich auszuüben, so ist das gebührende Maß der Nutzung durch Sachverständige auf einen jährlichen, beziehungsweise periodischen Betrag auszu-

mitteln (§. 11). In keinem Falle darf eine Ausübung des Rechtes, inwieweit sie vertragswidrig, oder wenngleich dem Vertrage gemäß die gesetzlichen Bestimmungen überschritten hat, dem Berechtigten zu gute gerechnet werden. Dagegen kann auch eine zeitweilige Verminderung der üblichen Nutzung, welche durch die Unzulänglichkeit der Erträgnisse oder durch Unglücksfälle im Viehstande des Berechtigten herbeigeführt wurde, in keine Rechnung gezogen werden (§. 12). Bei der Regulirung müssen alle Holzungs- und Holzbezugsrechte, insofern sie nicht bloß Raff- und Klaubholz oder Stock- und Wurzelholz betreffen, auf eine bestimmte jährliche oder periodische Holzabgabe unter Bezeichnung des Bezugsrechtes und mit Rücksicht auf den gegenwärtigen und künftigen Bezugsort regulirt werden. Die Gebühr an Brennholz (Feuerholz, Flammenholz, Rostholz, Kohlholz) ist stets als eine jährliche Abgabe in Wiener Klaftern oder deren Bruchtheilen bestimmter Schuhlänge und nach dem ortsüblichen Sortiment (Scheitholz, Astholz, Ausschuß, Mischling u. s. w.), das Bau- und Jungholz (Stammholz, Nutzholz, Werkholz u. s. w.) aber in einem dem Zwecke der Berechtigung entsprechenden Qualität (z. B. in Kubikschuhen von gewisser Länge und Stärke oder in einer bestimmten Anzahl von Stämmen, Blochen, Klötzen, Stangen mit festgesetzten Abmessungen), und zwar nach Erforderniß für jedes einzelne Jahr oder für längere Zeiträume, innerhalb welcher die Gebühr partienweise oder auf einmal in Anspruch genommen werden kann, auszudrücken (§. 16). Das Recht zum Bezuge des Raff- und Klaub- oder des Stock- und Wurzelholzes ist nur dann laut einer jährlich zu verabfolgenden, nach dem Wiener Maß und Sortiment bestimmten Brennholz-Quantität zu reguliren, wenn es der Verpflichtete begehrt (§. 17). Der Ausspruch über die Regulirung des Weiderechtes muß die Gattung des Triebviehes, dessen Anzahl, die Triftzeit und das Maß des Genusses bestimmt festsetzen, und auch die mit der Weidenutzung allenfalls verbundenen Servituten des Viehtriebes, der Viehtränke, ferner der allenfalls nöthigen Umzäunung oder Bezeichnung der Weideplätze, der aufzustellenden Hüter u. s. w. regeln (§. 18). Die Regulirung der Weide im Walde oder auf zur Waldcultur gewidmetem Boden muß insbesondere die Größe der jährlich anzuweisenden Weidefläche, die der Beweidung unterliegenden Waldtheile, die Zeit, wann, und die Art, wie die Anweisung der Weideplätze geschehen muß, enthalten (§. 19). Bei Regulirung der Brennmaterial- und sonstigen Forstproducten-Bezüge muß die Gattung derselben, sowie die den Bezugsberechtigten hiervon gebührende jährliche Quantität, der Ort und die Zeit des Bezuges genau bestimmt werden (§. 20). Ist das Erträgniß des belasteten Gutes zeitlich oder bleibend unzureichend, die ermittelten Gebühren aller Nutzungsberechtigten zu decken, so müssen sich dieselben, wenn nicht ein anderes Uebereinkommen getroffen wird, nach Sicherstellung derjenigen Gebühren, für welche etwa ein Vorzugsrecht erwiesen wird, einen verhältnißmäßigen zeitlichen oder bleibenden Abzug gefallen lassen. Ansprüche auf Schadenersatz wegen des eintretenden Abzuges sind im ordentlichen Rechtswege auszutragen (§. 21). Die Regulirung hat auch die genaue Bestimmung der von dem Bezugsberechtigten dem Besitzer des belasteten Grundes zu verabreichenden Gegenleistungen zu umfassen, welche stets als fixe Jahresrente nach denselben Grundsätzen wie die Leistungen selbst ermittelt werden müssen, und in Geld- oder in Naturalabgaben bestehen können. Bei letzteren kann der Besitzer des belasteten Grundes, insoweit nicht Verträge entgegenstehen, die Umwandlung derselben in Geld nach dem Durchschnitte der am Orte der Leistung bestandenen Preise aus den Jahren 1836 bis einschließlich 1845 verlangen. Als Gegenleistung bestehende Natural-Arbeits-Leistungen müssen jedenfalls in eine jährliche Geldabgabe nach den ortsüblichen Lohnpreisen der gedachten Durchschnittsperioden umgewandelt werden. Ueber Begehren des Verpflichteten ist die Gegenleistung von der ermittelten Nutzungsgebühr in Abzug zu bringen, und sohin das Nutzungsrecht ohne weitern Bestand der Gegenleistung zu reguliren (§. 23). Zum Zwecke der Ablösung sind die derselben unterliegenden

Nutzungsrechte nach dem Jahresbetrage zu bewerthen, welcher sich entweder aus der dem Gesetze gemäß bereits vorgenommenen Regulirung ergibt, oder sich hiernach ergeben würde, wenn bloß die Regulirung gestattlich wäre (§. 25). Die Werthbestimmung des Jahresbetrages hat, falls kein Uebereinkommen der Parteien erzielt wird, durch Sachverständige nach dem über Abschlag des zur Ausübung erforderlichen Aufwandes sich hiernach ergebenden, dem Berechtigten verbleibenden reinen Betrage, unter Zugrundelegung der zwischen den Parteien verglichenen, oder der Local-Durchschnittspreise vom Jahre 1836 bis einschließlich 1845 zu geschehen. Fehlen die Localpreise oder bestehen gegründete Bedenken dagegen, so sind die Preise durch Sachverständige zu bestimmen (§. 26). Von dem Werthe des Jahresbetrages der abzulösenden Nutzung ist der in gleicher Weise zu bewerthende Jahresbetrag der Gegenleistungen in Abzug zu bringen; der verbleibende Rest bildet den Werth, welcher im 20fachen Anschlage zum Capital erhoben, das auf Geld zurückgeführte Ablösungscapital des aufzuhebenden Rechtes darstellt (§. 27). Das Erkenntniß über die Art der Ablösung kann lauten: a) auf Zahlung des Ablösungscapitals, und zwar nach der Wahl des Verpflichteten entweder in barem Gelde, oder durch für das verpflichtete Gut von dem Grund-Entlastungsfonde ausgefertigte Schuldverschreibungen, binnen 3 Monaten nach Rechtskraft des Erkenntnisses, wenn von dem Verpflichteten die Ablösung durch Grund und Boden nicht begehrt wird; und b) auf Abtretung von Grund und Boden, und zwar über Begehren oder mit Zustimmung des Verpflichteten, oder aber auch gegen den Willen desselben, im Falle das Erträgniß des belasteten Grundes unzureichend wäre, die ermittelten Gebühren aller Nutzungsberechtigten zu decken, wenn das Bezugsrecht nicht bloß eine Nebennutzung des belasteten Grundes betrifft; dann wenn der Verpflichtete das Ablösungscapital binnen festgesetzter Frist nicht erlegt (§. 14). Der Werth des abzutretenden Grundes ist dießfalls nach dessen nachhaltiger Ertragsfähigkeit, also nach dem Mittel des gegenwärtigen und künftig davon zu erwartenden durchschnittlichen Natural-Ertrages durch Uebereinkommen oder durch Sachverständige festzusetzen (§. 28). Die auf dem belasteten Gute haftenden Hypothekarrechte erlöschen bezüglich des als Entgelt der Ablösung abzutretenden Grundes. Jene Grundlasten, welche ihrer Natur nach auf dem abzutretenden Grunde haftend bleiben, oder aus Rücksichten der Bewirthschaftung neu eingeräumt werden müssen, sind bei dieser Werthbestimmung in Anschlag zu bringen (§. 29). Die Abtretung von Grund und Boden, wobei der Arrondirung des Grundbesitzes der Interessenten die thunlichste Rücksicht getragen werden muß, ist nur insoweit zulässig, als noch eine zweckentsprechende Bewirthschaftung möglich ist. Eine unvermeidliche Verschiedenheit zwischen dem Capitalswerth des Nutzungsrechtes und des an dessen Stelle tretenden Grundes ist, wenn die Parteien sich nicht auf andere Art einigen, durch Geld auszugleichen (§. 30). Die Abtretung von Wald hat in der Regel nur ortschafts- oder gemeindeweise, oder an die Gesammtheit der Berechtigten stattzufinden. Solche Waldungen sind in forstpolizeilicher Beziehung den Gemeindewaldungen gleichzuhalten (§. 31). Die in Grund und Boden ausgemittelte Ablösung, sowie die aus einem der Gemeinde zugewiesenen Walde entfallende Nutzung bildet ein Zugehör des bezugsberechtigten Gutes. — Bei Ausfolgung der Ablösungscapitalien sind die Rechte dritter Personen nach den bestehenden Gesetzen zu wahren (§. 32). Die in Folge der Ablösung durch Grund und Boden nothwendigen Gränzbeschreibungen und Vormerkungen, dann die Ab- und Zuschreibungen in den öffentlichen Büchern sind von Amtswegen, ohne Einvernehmung der Hypothekargläubiger, denen gegen die Regulirungs- und Ablösungsacte keine Einsprache zusteht, zu verfügen (§. 39). Ebenso bedürfen die bei den Regulirungs- und Ablösungs-Verhandlungen von den Parteien abgegebenen Erklärungen, eingegangenen Vergleiche und gemachten Zugeständnisse zu ihrer Rechtsgiltigkeit weder die Zustimmung der Hypothekargläubiger, noch jene der Anwärter oder der Curatoren eines mit dem Substitutions-, Fideicommiß- oder Lehenbande

behafteten Gutes, noch die Genehmigung der administrativen oder Pflegschaftsbehörde (§. 41). Vom 14. Juli 1853 angefangen können Rechte von der Art, wie sie Eingangs aufgeführt worden sind, nicht anders als durch einen schriftlich ausgefertigten Vertrag, eine letzte Willenserklärung oder einen bei der Theilung gemeinschaftlicher Grundstücke erfolgten Rechtsspruch, nur unter der Bedingung erworben werden, daß die eingeräumte Dienstbarkeit von der Behörde mit den Landescultur-Rücksichten vereinbar erkannt, und deren Ausübung zugelassen werde. In keinem Falle darf bedungen werden, daß die einzuräumende Dienstbarkeit nicht ablösbar sein soll; wäre eine solche Bestimmung beigesetzt worden, so ist solche als ungiltig und nicht beigesetzt zu betrachten (§. 43).

§. 530.

Unanwendbarkeit [der Bestimmungen über die Erlöschung der Dienstbarkeiten] auf beständige Renten.

Beständige jährliche Renten sind keine persönliche Servitut, und können also ihrer Natur nach auf alle Nachfolger übertragen werden.

Verschieden von den Dienstbarkeiten ist das Recht zum Bezuge bestimmter jährlicher Renten schon deßhalb, weil die Servitut niemals in einem Thun oder Geben, sondern nur in einem Dulden oder Unterlassen bestehen kann (s. S. 80 d. W.). Das Gesetz unterscheidet die Leibrenten (auch Zeitrenten genannt) und die beständigen (ewigen) Renten. Wird nämlich jemandem für Geld, oder gegen eine für Geld geschätzte Sache auf die Lebensdauer einer gewissen Person eine bestimmte Entrichtung versprochen, so entsteht eine Leibrente (§. 1284), welche allerdings mit dem Leben desjenigen, auf dessen Kopf sie beruht, ein Ende nimmt (§. 1285). Es kann aber auch eine solche bestimmte Entrichtung für immerwährende Zeiten zugestanden werden, und dann ist eine beständige Rente vorhanden, deren der §. 530 erwähnt. Das hier zum Grunde liegende Verhältniß ist dem römischen Rechte fremd, oder doch wenigstens nicht als ein dingliches anerkannt, entwickelte sich aber im deutschen Rechte als Rentenkauf in der Art, daß dadurch der Besitzer eines unbeweglichen Gutes verpflichtet wurde, demjenigen, der ein bestimmtes Capital gegeben hatte (dem Rentenkäufer), jährlich eine gewisse Abgabe (die Rente) zu entrichten[1], und daß diese Verpflichtung als eine dingliche Last auf jeden Besitzer der betreffenden Realität überging. Das Recht selbst erscheint als ein durchaus übertragbares, und kann daher sowohl unter Lebenden, als auf den Todesfall, entgeltlich oder unentgeltlich veräußert werden; es geht nicht nur auf die Erben, sondern auf alle Nachfolger des Rentenkäufers über; die weitere Auseinandersetzung des hier obwaltenden Verhältnisses, über welches unser a. b. G. B. gar keine näheren Bestimmungen enthält, soll an die Erläuterung der §§. 1284—1286 über die Leibrenten angeknüpft werden.

Achtes Hauptstück.

Von dem Erbrechte[2].

§. 531.

Verlassenschaft.

Der Inbegriff der Rechte und Verbindlichkeiten eines Verstorbenen, in so fern sie nicht in bloß persönlichen Verhältnissen gegründet sind, heißt desselben Verlassenschaft oder Nachlaß.

---

[1]) Auch der §. 360 unseres G. B. spricht von jährlichen Renten, die von einem Grundstücke zu entrichten sind.

[2]) Füger von Rechtborn, Das Erbrecht nach dem österr. allg. bürg. Gesetzbuche sistematisch dargestellt. Wien, 1860. 3 Thle. — Unger (Dr. Jos.), Das österreichische Erbrecht sistematisch dargestellt (VI. Bd. des Sistems des österr. allg. Privatrechtes). Leipzig, 1864.

1. Durch den Tod erlöschen nach §. 1448 nur solche Rechte und Verbindlichkeiten, welche auf die Person eingeschränkt sind, oder die bloß persönliche Handlungen des Verstorbenen betreffen, also die Personen-Rechte (§. 15) und die denselben entgegenstehenden Verbindlichkeiten; dann diejenigen Sachen-Rechte und Pflichten, welche bloß auf persönlichen Verhältnissen und Fähigkeiten beruhen (§. 918), wie z. B. die persönlichen Dienstbarkeiten (§. 529), eine Schenkung, durch welche jemandem eine Unterstützung in gewissen Fristen zugesichert wurde (§. 955), die aus einer Bevollmächtigung hervorgehenden Rechte und Verbindlichkeiten (§. 1022), das Wiederkaufsrecht (§. 1070), das Rückverkaufsrecht (§. 1071), das Vorkaufsrecht (§. 1074), die gesellschaftlichen Rechte und Verbindlichkeiten (§§. 1206 und 1207) u. dgl. Alle übrigen bloß auf das Vermögen sich beziehenden Rechte und Verbindlichkeiten dauern auch nach dem Tode des Berechtigten oder Verpflichteten fort, und gehen von dem Verstorbenen auf andere Personen über.

2. Der Inbegriff dieser Rechte und Verbindlichkeiten heißt nun die Verlassenschaft oder der Nachlaß; er umfaßt a) einerseits alle körperlichen, sowohl beweglichen als unbeweglichen Sachen des Verstorbenen, dann die demselben zu eigen gewesenen dinglichen und persönlichen Sachenrechte, insofern sie nicht zu den oberwähnten Ausnahmen gehören, und b) anderseits alle Verbindlichkeiten, die der Erblasser aus seinem Vermögen zu leisten gehabt hätte (§. 548). Jene bilden den Activ-, diese den Passiv-Stand des Nachlasses. Hierbei kann allerdings der letztere den ersteren übersteigen, ohne daß dadurch der Begriff der Verlassenschaft aufgehoben würde [1]). Jenes Vermögen, welches nicht von dem letzten Besitzer desselben herrührt, sondern in Folge besonderer Anordnungen auf bestimmte Personen übergehen muß, wie z. B. Lehen, Fideicommisse, Stiftungen, Beneficien u. dgl., gehört wohl auch zum Nachlasse [2]), muß aber von dem sog. freivererblichen oder Allodialvermögen, über welches der Erblasser zu verfügen berechtigt ist, wohl unterschieden werden [3]); es wird im Gegensatze zu diesem letzteren ein vinculirtes Vermögen genannt.

3. Der Nachlaß macht eine Gesammt-Sache aus, und wird als ein Ganzes betrachtet (§§. 302 und 532).

4. Der Begriff der Verlassenschaft setzt den Tod einer bestimmten Person (des Erblassers) voraus. Dem Tode wird nur die in Rechtskraft erwachsene Todeserklärung gleichgehalten (§. 278 und §. 20 des Pat. vom 9. August 1854). Das Vermögen der unbefugt Ausgewanderten wird nach §. 11 des Pat. v. 24. März 1832, Nr. 2557 der J. G. S., während ihrer Lebenszeit, unbeschadet der Rechte und Schulden, welche darauf haften, sowie der Ansprüche auf die von dem Auswanderer schuldigen Alimente sequestrirt, und (nach §. 14 ebd.) erst nach dem natürlichen Tode derselben ihren gesetzlichen Erben hinausgegeben. Eben dasselbe gilt nach §§. 8 und 11 des Hfkzld. vom 4. März 1842, Z. 4897, in Ansehung der Deserteurs. Wenn jemand ein Ordensgelübde ablegt, dessen Ablegung nach dem Gesetze den Verlust der freien Verwaltung des Vermögens nach sich zieht, so hat das Gericht für dasjenige Vermögen, worüber er nicht unter Lebenden verfügt hat, einen Curator zu bestellen, der es bis zu seinem wirklich erfolgten oder rechtlich vermutheten Tode zu verwalten hat (§. 182 des Pat. vom 9. August 1854). Wenn endlich auch wider einen Abwesenden oder flüchtigen Verbrecher ein Todesurtheil in contumaciam gefällt wird, so zieht dieses zwar nach §. 393 der Str. P. O. vom 29. Juli 1853 die in den §§. 26—30 des St. G. B. enthaltenen Rechtswirkungen nach sich, geräth aber ein solcher Flüchtling nach der Hand in Verhaft, so ist das

---

[1]) Vgl. §. 74 des Pat. vom 9. August 1854, Nr. 208 des R. G. Bl.

[2]) Winiwarter, bürg. Recht Bd. 3, S. 2, will das vinculirte Vermögen von dem Begriffe des Nachlasses gänzlich ausgeschlossen wissen, was uns aber nach obigem nicht richtig scheint.

[3]) S. §§. 26, 107 und 108 des Pat. vom 9. August 1854, Nr. 208 des R. G. Bl., welche von der Aufnahme des Inventars über geistliche Pfründen, Lehen- und Fideicommißgüter handeln.

Verfahren gegen ihn, ohne Rücksicht auf das in seiner Abwesenheit geschöpfte Erkenntniß, nach der allgemeinen Vorschrift fortzusetzen, und nach Beendigung desselben ein neues Erkenntniß zu schöpfen (§. 394 ebendort).

§. 532.

Erbrecht und Erbschaft.

Das ausschließende Recht, die ganze Verlassenschaft oder einen in Beziehung auf das Ganze bestimmten Theil derselben (z. B. die Hälfte, ein Drittheil) in Besitz zu nehmen, heißt Erbrecht. Es ist ein dingliches Recht, welches gegen einen jeden, der sich der Verlassenschaft anmaßen will, wirksam ist. Derjenige, dem das Erbrecht gebührt, wird Erbe, und die Verlassenschaft, in Beziehung auf den Erben, Erbschaft genannt.

1. Tritt jemand in den Nachlaß eines Verstorbenen als Ganzes ein, so daß er gleichsam die Persönlichkeit desselben in vermögensrechtlicher Beziehung in sich aufnimmt und repräsentirt [1]), so wird er Erbe (heres) und die Verlassenschaft wird in Beziehung auf ihn Erbschaft genannt. Das Recht aber, eine Erbschaft in Besitz zu nehmen, heißt das Erbrecht (heriditas) im eigentlichen Sinne [2]).

2. Ist eine einzige (phisische oder juristische) Person zur Erbschaft berufen, so wird sie gewöhnlich Allein-Erbe (auch Universalerbe, heres ex asse) genannt; ist aber der Nachlaß als Ganzes mehreren zugedacht, so heißen dieselben in ihrem Verhältnisse zu einander Miterben (coheredes); sie werden in Ansehung ihres gemeinschaftlichen Erbrechtes nach §. 550 für Eine Person angesehen. Zum Begriffe des Erbrechtes ist es übrigens nicht wesentlich, daß der Erbe wirklich den gesammten Nachlaß eines Verstorbenen erhalte; er bleibt noch immer Erbe, wenn er auch nur einen ideellen Theil desselben erlangt, aber dieser Theil muß in Beziehung auf das Ganze bestimmt (eine sog. pars quota) sein, z. B. die Hälfte, ein Drittheil oder Viertheil u. s. w., was dann zur Folge hat, daß der Erbe nichts destoweniger in alle Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers, aber eben nur zu dem bestimmten Theile (zur Hälfte, zu einem Drittheil oder Viertheil) eintritt. Wird dagegen jemandem bloß eine einzelne Sache, eine oder mehrere Sachen von gewisser Gattung, eine Summe oder ein Recht zugedacht, so heißt das zugedachte: Vermächtniß (legatum), und derjenige, dem es hinterlassen worden, Vermächtnißnehmer (legatarius), wie §. 535 bestimmt.

3. Wiewohl das Erbrecht den bereits erfolgten Tod einer bestimmten Person voraussetzt, so wird doch auch derjenige schon Erbe genannt, dem im Falle des Ablebens derselben ein Erbrecht gebühren würde. Das Gesetz bezeichnet ihn (im §. 536) als vermeintlichen (richtiger wäre: als vermuthlichen) Erben. Ein solcher präsumtiver Erbe kann nach §. 551 im voraus auf sein Erbrecht Verzicht thun; dagegen erklärt es der §. 879 unter Z. 4 für einen ungiltigen Vertrag, wenn eine Erbschaft, die man von einer dritten Person hofft, noch bei Lebzeiten derselben veräußert wird. Hat der zum Nachlaß berufene den Erblasser überlebt, so erlangt er unmittelbar das Recht, die ihm angefallene Erbschaft anzutreten oder auszuschlagen (§. 805), auch geht sein Erbrecht, selbst wenn er vor Uebernahme der Erbschaft stürbe, wie andere freivererbliche Rechte, auf seine Erben über (§. 537), und ebenso ist nach §. 1278 der Kauf einer solchen, wenn auch noch nicht angetretenen, aber doch wenigstens angefallenen Erbschaft gestattet. Erbe im engeren Sinne ist aber erst derjenige, der die Erbschaft bereits angenommen hat, und in Folge dieser Annahme den Erblasser repräsentirt (§. 547). Da endlich nach §. 797 niemand eine Erbschaft eigenmächtig in Besitz nehmen darf, sondern das Erbrecht vor Gericht

---

[1]) „Der Erbe", heißt es im §. 547 des b. G. B., „stellt, sobald er die Erbschaft angenommen hat, in Rücksicht auf dieselbe den Erblasser vor. Beide werden in Beziehung auf einen dritten für Eine Person gehalten."

[2]) Erbrecht im weiteren Sinne bedeutet überhaupt jede Nachfolge von Todeswegen; auch die des Vermächtnißnehmers (§. 535). In diesem Sinne wird der Ausdruck „Erbrecht" in mehreren Stellen des b. G. B. (z. B. §§. 538, 540, 542, 543 u. a.) gebraucht. Vgl. Unger, Erbrecht S. 9.

verhandelt werden muß, so spricht man auch noch von einem anerkannten Erben, welchem vom Gerichte nach geschlossener Abhandlung die Erbschaft eingeantwortet wurde (§. 819).

4. Das Erbrecht ist nach der Auffassung unseres b. G. B. ein dingliches Recht (§. 308), welches gegen jedermann, der sich desselben anmaßt, mit einer eigenen Klage, der sog. Erbschaftsklage (petitio hereditatis) nach §§. 823 und 824 geltend gemacht werden kann. Es tritt mit dem Zeitpunkte des Erbanfalles (§§. 545 und 703) ein; wer von demselben Gebrauch machen will, muß sich darüber ausdrücklich erklären (§. 799), und sohin die Einantwortung des Nachlasses, d. i. die Uebergabe in den rechtlichen Besitz erwirken (§§. 797 und 819). Zur Uebertragung des Eigenthums unbeweglicher Sachen an den Erben ist aber noch überdieß dort, wo öffentliche Bücher bestehen, die Eintragung in dieselben nach §. 436 (s. Bd. I, S. 519 d. W.) erforderlich.

§. 533.

Titel zu dem Erbrechte.

Das Erbrecht gründet sich auf den nach gesetzlicher Vorschrift erklärten Willen des Erblassers; auf einen nach dem Gesetze zulässigen Erbvertrag (§. 602), oder auf das Gesetz.

§. 534.

Die erwähnten drei Arten des Erbrechtes können auch neben einander bestehen, so, daß einem Erben ein in Beziehung auf das Ganze bestimmter Theil aus dem letzten Willen, dem Anderen aus dem Vertrage, und einem Dritten aus dem Gesetze gebührt.

1. Die Lehre vom Titel und von der Erwerbungsart der dinglichen Rechte hat in unserem Gesetze auch beim Erbrechte Anwendung gefunden. Der Grund der Berufung zu einem bestimmten Nachlasse liegt nach demselben entweder a) in dem Willen des Erblassers, oder b) im Gesetze. Man unterscheidet demnach auch ein auf den Willen des Erblassers sich gründendes und ein gesetzliches Erbrecht (hereditas testamentaria legitima). Der Wille des Erblassers kann wieder als einseitiger oder als zweiseitiger in Betrachtung kommen. Nach römischem Rechte hatte nur der erstere Geltung; durch Vertrag konnte kein Erbe ernannt werden; im deutschen Rechte aber hatten sich schon frühzeitig Einrichtungen entwickelt (wie z. B. die sog. Vergabungen), deren Ausbildung später zu den Erbverträgen führte. Bei dem allgemein eingewurzelten Gebrauche derselben konnte die entgegengesetzte römisch-rechtliche Ansicht nicht durchdringen, doch findet sich eine häufige Beschränkung darin, daß die Abschließung derselben nur unter Ehegatten als giltig erkannt wurde [1]). Diesem Sisteme hat sich unser a. b. G. B. angeschlossen. Es muß also nach demselben noch weiters ein testamentarisches und ein vertragsmäßiges Erbrecht unterschieden werden, welch' letzteres aber, wie gesagt, nur unter Ehegatten (§§. 602 und 1249) Platz greift.

2. Der richterliche Ausspruch wird im Gesetze unter den Titeln des Erbrechtes nicht aufgeführt. Das Erbrecht muß zwar, wie schon oben (S. 136) erwähnt wurde, vor Gericht verhandelt, und die gerichtliche Einantwortung des Nachlasses erwirkt werden (§. 797); allein hierzu ist schon die vorläufige Ausweisung des Titels zum Erbrechte (§. 799) nothwendig, und der Ausspruch des Richters kann nur den schon vorhandenen Titel anerkennen (§. 819), nicht aber einen neuen geben. Deßhalb berechtiget auch der §. 822 die Gläubiger des Erben nur, das ihm angefallene Erbgut, d. i. nach dem Hfd. vom 3. Juni 1846, Nr. 968 der J. G. S., einzelne Erbschaftssachen, nicht aber das Erbrecht im Ganzen, mit Verbot, Pfändung oder Vormerkung zu belegen, und die dadurch erlangte Sicherstellung wird erst von Zeit der erfolgten Einantwortung, d. i. des Ueberganges in das Eigenthum

---

[1]) S. Mittermaier, a. a. O. §. 452. — Insbesondere: Beseler, die Lehre von den Erbverträgen. Göttingen, 1835. — Hartmann, zur Lehre von den Erbverträgen, 1860.

des Erben wirksam. Eine Ausnahme hiervon besteht bloß darin, daß im Falle des Concurses die Gläubigerschaft (nach dem §. 4 der Conc. Odg. v. 25. Decbr. 1868, Nr. 1 des R. G. Bl. f. 1869) das Recht erlangt, eine dem Cridatare zugefallene Erbschaft mit Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventars und Vermächtnisse anzunehmen.

3. Faßt man das Verhältniß der obgedachten drei Arten des Erbrechtes ins Auge, so zeigt sich vorerst, daß der Erbvertrag, seiner zweiseitigen Natur zufolge, dem testamentarischen Erbrechte vorgeht, daß er also einseitig zum Nachtheile dessen, mit dem er geschlossen wurde, nicht widerrufen werden kann (§. 1254)[1]). Weiters aber hat wieder die testamentarische Erbfolge vor der gesetzlichen den Vorzug[2]), indem der §. 727 ausdrücklich bestimmt, daß erst, wenn der Verstorbene keine giltige Erklärung des letzten Willens hinterlassen hat, oder wenn die eingesetzten Erben die Erbschaft nicht annehmen können oder wollen, die gesetzliche Erbfolge stattfinde, so daß sich als ein Hauptgrundsatz in der Materie unseres Erbrechtes aussprechen läßt, daß der ausdrücklich erklärte Wille des Erblassers, so lange er nichts gesetzwidriges enthält, heilig geachtet und geschützt werden solle[3]).

4. Dagegen schließen die in Frage stehenden Arten des Erbrechtes einander nicht dergestalt aus, daß sie nicht nebeneinander bestehen könnten. Im römischen Rechte war dieß allerdings Regel. Diese Anschauung wurde aber in der Folge vielfach wieder aufgegeben, und schon die Vdg. vom 12. Juni 1789 sprach, so wie gegenwärtig der §. 534 des b. G. B., den Grundsatz aus, daß einem Erben ein Theil des Nachlasses aus dem letzten Willen, dem andern aus dem Vertrage und einem dritten aus dem Gesetze zufallen könne. Ohne Zweifel ist es auch denkbar, daß eine und dieselbe Person aus verschiedenen Erbrechtstiteln in den Nachlaß succedire, wie wenn z. B. der Ehegatte einen Theil des Nachlasses aus dem Erbvertrage, und den Rest als gesetzlicher Erbe nach §. 759 erhielte.

§. 535.

Unterschied zwischen Erbschaft und Vermächtniß.

Wird jemanden kein solcher Erbtheil, der sich auf den ganzen Nachlaß bezieht, sondern nur eine einzelne Sache, Eine oder mehrere Sachen von gewisser Gattung; eine Summe, oder ein Recht zugedacht; so heißt das Zugedachte, obschon dessen Werth den größten Theil der Verlassenschaft ausmacht, ein Vermächtniß (Legat), und derjenige, dem es hinterlassen worden, ist nicht als ein Erbe, sondern nur als ein Vermächtnißnehmer (Legatar) zu betrachten.

1. Wird jemand nicht zu dem Nachlasse als Ganzem oder zu einem in Beziehung auf das Ganze bestimmten Theil desselben, sondern bloß zu einem einzelnen Vermögensbestandtheile (zu einer sog. pars quanta) berufen, so entsteht ein Vermächtniß (legatum), und derjenige, dem das Vermächtniß zugedacht ist, heißt Vermächtnißnehmer (legatarius).

2. Der Unterschied zwischen Erbschaft und Vermächtniß ist allerdings von praktischer Bedeutung. Er besteht, wie der vorstehende §. ausdrücklich andeutet, nicht in dem Werthe des Hinterlassenen, sondern zuvörderst darin, daß der Erbe in alle nicht höchst persönlichen Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers eintritt, und in

---

[1]) Deßhalb verfügt auch der §. 126 des Pat. vom 9. August 1854, Nr. 208 des R. G Bl., daß gegen den Vertragserben, welcher einen mit den erforderlichen Förmlichkeiten versehenen Vertrag für sich hat, dessen Echtheit nicht widersprochen wird, zur Bestreitung des Erbrechtes jedermann, dessen Anspruch sich nur auf eine letzte Willenserklärung oder auf die gesetzliche Erbfolge stützt, als Kläger auftreten müsse.

[2]) Vgl. hierüber meinen Aufsatz: Von der Uebergehung der Notherben, in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1839, II., S. 195—200.

[3]) S. Zeiller, Abhandlung über die Principien des a. b. G. B. in Pratobevera's Mat. Bd. 2, Nr. III. — Hfkzld. vom 16. November 1826 (pol. G. S. Bd. 54, S. 128): „daß, da der Wille des Erblassers nichts gesetzwidriges enthält, derselbe genau zu befolgen sei, und sich dieses die Behörden für ähnliche Fälle zur genauen Richtschnur zu nehmen haben." Im Einklange hiermit steht die Verfügung im §. 126 des o. a. Pat. v. 9. August 1854, daß gegen den Erben aus einer in der gehörigen Form errichteten und hinsichtlich ihrer Echtheit unbestrittenen letzten Willenserklärung jedermann, dessen Ansprüche nur auf dem gesetzlichen Erbrechte beruhen, als Kläger auftreten müsse. — Inwiefern dem Notherben auch gegen den erklärten Willen des Erblassers der Anspruch auf einen bestimmten Theil des Nachlasses zustehe, wird bei der Lehre vom Pflichttheile (XIV. Hauptst.) näher entwickelt werden.

Rücksicht auf dieselben den Erblasser vorstellt (§§. 547 und 548), während bei dem Vermächtnißnehmer eine solche Repräsentanz durchaus nicht stattfindet [1]; das Recht des Erben, als das Recht auf eine pars quota des Nachlasses, erweitert und vermindert sich mit demselben, während der Anspruch des Legatars keinen solchen Veränderungen unterworfen ist; endlich hat der Erbe ein dingliches, gegen jedermann wirksames Recht (§. 532), wogegen dem Vermächtnißnehmer nur ein persönliches Recht, die Zahlung des Vermächtnisses zu fordern, gegen den Onerirten (den mit der Entrichtung des Vermächtnisses beschwerten) zusteht (§§. 684—688) [2].

3. Auf die Ausdrücke, deren sich der Erblasser bei der Berufung zu seinem Nachlasse bedient hat, kömmt es nach dem österreichischen Gesetze nicht an, um zu entscheiden, ob eine Anordnung als ein Vermächtniß, oder als eine Erbeseinsetzung zu betrachten sei. Würde also z. B. der A zum Erben eines Hauses eingesetzt, und dem B ein Viertheil des Nachlasses vermacht worden sein, wie dieß bei rechtsunkundigen Erblassern leicht geschehen kann, so würde nichts destoweniger der erstere nur als Legatar, der letztere dagegen als Erbe erscheinen [3].

4. Gegenstand des Vermächtnisses kann alles sein, was im gemeinen Verkehre steht (§. 653); also eine einzelne Sache, z. B. eine bestimmte Uhr des Erblassers; eine oder mehrere Sachen von gewisser Gattung, z. B. ein Wagen, zwei Reitpferde; eine Summe, z. B. 1000 Gulden; ein Recht, z. B. der Fruchtgenuß an einem Grundstücke; Arbeiten und andere Handlungen, die einen Werth haben. Zweifelhaft ist, ob der Fruchtgenuß der ganzen Erbschaft oder eines aliquoten Theiles derselben als ein Erbtheil oder als ein Vermächtniß anzusehen sei? Unseres Erachtens dürfte das letztere der Fall sein [4]. Denn §. 535 bestimmt ausdrücklich: „wird jemandem... ein Recht zugedacht, so heißt das Zugedachte ein Vermächtniß"; daß das Gesetz hierunter nur solche Rechte verstanden habe, welche sich auf eine einzelne Sache beziehen, wie Nippel (Erläut. Bd. 4, S. 7) behauptet, ist eine durch nichts gerechtfertigte Hypothese.

5. Der Titel zu einem Vermächtnisse kann in der Regel nur in dem Willen des Erblassers gelegen sein (§. 647); die im gemeinen Leben sog. gesetzlichen Legate sind nach §. 694 keine Vermächtnisse, sondern eine Staatsauflage, welche nach den politischen Verordnungen zu beurtheilen kömmt. Inwiefern das dem überlebenden Ehegatten zustehende Recht der Fruchtnießung als ein Vermächtniß oder als ein Erbtheil anzusehen sei, wird bei §. 757 erörtert werden.

§. 536.

Zeitpunkt des Erbanfalles.

Das Erbrecht tritt erst nach dem Tode des Erblassers ein. Stirbt ein vermeintlicher Erbe vor dem Erblasser; so hat er das noch nicht erlangte Erbrecht auch nicht auf seine Erben übertragen können.

§. 537.

Hat der Erbe den Erblasser überlebt; so geht das Erbrecht auch vor Uebernahme

---

[1] Der Erbe wird daher auch häufig Universal-Successor, der Vermächtnißnehmer dagegen Singular-Successor genannt.

[2] Anderweitige Unterschiede finden sich noch in den §§. 560—563, 690—693, 726 u. dgl.

[3] S. die Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 13. Mai 1857, Z. 4475, in Nr. 112 der allg. öst. Ger. Ztg. v. J. 1857. Mit Recht behauptet Unger, Erbrecht S. 42, Anmrkg. 6, daß die praktisch wichtige Frage, ob der Berufene Erbe oder Legatar sei, immer nur eine Frage der Interpretation des erblasserischen Willens sei, daß es stets darauf ankomme, ob der Erblasser die bestimmte Person zur Nachfolge in die Gesammtheit des Nachlasses und zur Fortsetzung seiner vermögensrechtlichen Herrschaft berufen wollte, oder ob er über sein Vermögen nur im einzelnen, wenngleich über alle Bestandtheile desselben verfügen und die Bedachten mit ihren Ansprüchen an die (gesetzlichen) Erben als Onerirte verweisen wollte, aus deren Händen sie das zugedachte empfangen sollen und deren Antheil durch solche Zuwendungen geschmälert wird. So ist eine wahre Erbseinsetzung vorhanden, wenn der Erblasser zwei Personen zur Nachfolge beruft, und der einen sein bewegliches Vermögen, der andern sein unbewegliches Vermögen vermacht, oder wenn er erklärt, sein ganzes zu Geld veranschlagtes Vermögen bestehe aus 20.000 fl., davon solle A 10.000 fl. und B 10.000 fl. haben.

[4] S. Swoboda: Ist der Fruchtgenuß der ganzen Erbschaft oder eines aliquoten Theiles der Verlassenschaft eine Erbschaft oder ein Vermächtniß? (in Haimerl's Viertelj. Schrift Bd. 8, S. 127). — Auch Unger (Erbrecht S. 251) pflichtet dieser Ansicht bei.

der Erbschaft, wie andere frei vererbliche Rechte, auf seine Erben über, wenn es anders durch Entsagung, oder auf eine andere Art noch nicht erloschen war.

1. Das Erbrecht, welches bei Lebzeiten des Erblassers nur als ein gehofftes sich darstellt (s. oben S. 136 Z. 3, und vgl. §. 1276), wird durch den Tod des letzteren zur wirklichen Berechtigung. Dem berufenen ist dadurch die Möglichkeit gegeben, Erbe zu werden. Man nennt dieß den Anfall der Erbschaft (delatio hereditatis). Dieser tritt also dem gesagten zufolge niemals früher, in der Regel aber auch nicht später, als mit dem Tode des Erblassers, oder mit der in Rechtskraft erwachsenen Todeserklärung desselben (§. 278) ein; nur zur Erwerbung eines unter einer aufschiebenden Bedingung zugedachten Nachlasses ist nothwendig, daß die bedachte Person auch die Erfüllung der Bedingung überlebe (§. 703).

2. Ein noch nicht angefallenes Erbrecht ist eigentlich für den berufenen noch gar nicht vorhanden; es kann daher auch von einer Uebertragung desselben an andere Personen keine Rede sein. Stirbt demnach ein vermeintlicher (vermuthlicher) Erbe vor dem Erblasser, oder vor Erfüllung der aufschiebenden Bedingung, unter der er eingesetzt ist, so hat er das noch nicht erlangte Erbrecht auch nicht auf seine Erben übertragen können. Ob und inwiefern hiervon eine Ausnahme Platz greife, wird sich bei Erläuterung des §. 779 zeigen.

3. War dagegen die Erbschaft dem berufenen schon angefallen, so war für ihn wenigstens das Recht begründet, sie anzunehmen. Dieses Recht wird von unserem Gesetze als ein Bestandtheil seines Vermögens betrachtet, und geht daher, wie andere frei vererbliche Rechte (s. oben S. 136) auch auf seine Erben über. Es macht hierbei keinen Unterschied, ob er um den Erbanfall gewußt habe oder nicht.

4. Allerdings aber ist es nothwendig, daß das angefallene Erbrecht vor der Uebertragung nicht wieder erloschen sei. Dieß könnte z. B. durch Entsagung (§. 1444) geschehen, oder wenn eine Witwe vor Ablauf der im §. 120 bestimmten Frist sich wieder verehelicht hat, u. dgl.

5. Verschieden von der in Frage stehenden Uebertragung des Erbrechtes ist der Fall einer successiven Delation, welche dann stattfindet, wenn eine Person, die durch die Existenz eines näher Berechtigten vom Erbrechte ausgeschlossen war, dadurch in dasselbe eintritt, daß der letztere von seinem Erbrechte keinen Gebrauch machen will oder kann. So schließt z. B. ein Kind des Erblassers nach §. 732 sowohl die Eltern als alle Seitenverwandten desselben von der gesetzlichen Erbfolge aus; würde nun aber dieses Kind zur Zeit des Todes des Erblassers zu erben unfähig sein, oder würde es die ihm angefallene Erbschaft ausschlagen, so wird dieselbe in Folge einer erneuerten Delation an die zweite Linie der gesetzlichen Erben, d. i. an die Eltern und deren Abstämmlinge fallen (§. 735).

§. 538.

Fähigkeit zu erben.

Wer ein Vermögen zu erwerben berechtigt ist, kann in der Regel auch erben. Hat jemand dem Rechte, etwas zu erwerben, überhaupt entsagt, oder auf eine bestimmte Erbschaft giltig Verzicht gethan; so ist er dadurch des Erbrechtes überhaupt, oder des Rechtes auf eine bestimmte Erbschaft verlustig geworden.

§. 539.

In wie fern geistliche Gemeinden oder deren Glieder erbfähig sind, bestimmen die politischen Vorschriften.

1. Nach den §§. 18 und 355 ist jedermann, den die Gesetze nicht ausdrücklich ausschließen, fähig, Rechte durch sich selbst oder durch einen andern in seinem Namen zu erwerben; eine Folge hiervon ist die Regel des §. 538, daß derjenige, der ein Vermögen zu erwerben berechtigt ist, auch erben kann. Die Erwerb- und deßhalb auch Erbfähigkeit ist nicht nur phisischen, sondern auch juristischen

Personen eigen (vergl. Bd. I, S. 74 d. W.), denn der §. 26 verfügt im allgemeinen, daß im Verhältnisse gegen andere, erlaubte Gesellschaften in der Regel gleiche Rechte mit den einzelnen Personen genießen; deßgleichen muß auch der Staat als Inhaber von Vermögensrechten für erbfähig angesehen werden (vgl. Bd. I, S. 74 ebd.)[1]. Ebensowenig kann der Mangel des Alters, oder ein anderes Hinderniß der Fähigkeit, seine Angelegenheiten selbst gehörig zu besorgen (§. 21), die Unfähigkeit zu erben begründen; solche Personen werden durch die ihnen beigegebenen gesetzlichen Vertreter das ihnen angefallene Erbrecht ausüben können (vgl. §. 805); ja selbst auf Ungeborne erstreckt sich der Schutz des Gesetzes, da diese nach §. 22, insoweit es um ihre, und nicht um die Rechte eines dritten zu thun ist, als Geborne angesehen werden, so daß sie im Falle ihrer später erfolgenden Geburt die ihnen für den Lebensfall vorbehaltenen Rechte erwerben (vgl. Bd. I, S. 69 d. W.). Ueber die vielfach bestrittene Frage[2], inwiefern noch nicht erzeugte Personen für den Fall ihrer Geburt unmittelbar zu Erben eingesetzt (oder mit Vermächtnissen bedacht) werden können, wurde durch Hfd. vom 29 Mai 1845, Nr. 888 der J. G. S., entschieden, daß letztwillige Anordnungen, wodurch Personen, welche bei dem Tode des Erblassers noch nicht geboren und auch nicht gesetzlich als geboren anzusehen sind, für den Fall sie zur Welt kommen, unmittelbar eine Erbschaft (oder ein Vermächtniß) zugedacht wird, nur insofern giltig seien, als der Erblasser für die berufenen Nachkommen nach den Bestimmungen des §. 612 b. G. B. auch durch eine zu ihrem Vortheile in absteigender Linie errichtete fideicommissarische Substitution giltig hätte sorgen können. Bis zur Geburt des eingesetzten Erben (oder Vermächtnißnehmers) kommt der einstweilige Besitz und Genuß des zugedachten Vermögens, sofern der Erblasser darüber keine andere Verfügung getroffen hat, denjenigen zu, welche darauf Anspruch haben, im Falle die Anordnung wegen unterbliebener Geburt des Berufenen nicht vollzogen werden kann (§. 707). Für die Sicherung der Rechte der Ungebornen haben die Gerichtsbehörden nach den allgemeinen gesetzlichen Vorschriften zu sorgen. Hätte jemand seine Seele zum Erben eingesetzt, so kommen die bei §. 651 des b. G. B. zu erörternden Vorschriften des Hfkzld. vom 17. September 1812, Nr. 1006 der J. G. S., anzuwenden.

2. Ausnahmsweise gibt es jedoch allerdings Fälle, in denen jemandem die Fähigkeit zu erben ganz oder theilweise entzogen ist; und zwar zuvörderst:

a) wenn jemandem die Fähigkeit zu erwerben überhaupt mangelt. Deßhalb sind als erbunfähig anzusehen: α) die nach den früheren Gesetzen ohne Bewilligung Ausgewanderten (vgl. §. 544 und Bd. I, S. 435, Z. 3, lit a d. W.); β) die Deserteurs (s. ebd., lit b); γ) Ordenspersonen (vgl. §. 539 und Bd. I, S. 435, lit. c d. W.). δ) Ueber die Erbfähigkeit der geistlichen Orden und Klöster, der frommen Institute, geistlichen Gesellschaften, Pfründen, Kirchen u. s. w., vgl. dasjenige, was über die Erwerbfähigkeit solcher Personen Bd. I, S. 435, lit. c und S. 442, Z. 4 d. W. an-

[1]) Daß auch Stiftungen giltig zu Erben eingesetzt werden können, unterliegt nach dem Bd. I, S. 74 d. W. gesagten keinem Zweifel. Eine andere Frage aber ist es, ob in einem und demselben Testamente die Errichtung einer Stiftung angeordnet, und dieser (erst zu errichtenden) Stiftung ein Erbtheil zugewendet werden könne? Man hat für die Verneinung dieser Frage vorgebracht, daß das zur Erbfolge berufene Subject bei einer derartigen letzwilligen Anordnung im Momente des Todes des Erblassers noch gar nicht existirt, und daher auch nicht giltig zu einer Erbschaft berufen werden könne, zumal es nicht angehe, die singuläre Verfügung des im Contexte angeführten Hfd. v. 29. Mai 1845, welche offenbar nur von phisischen Personen spricht, auf die davon ganz verschiedenen juristischen Personen auszudehnen. — Anderseits könnte aber bemerkt werden, daß die Stiftung eigentlich durch den Willen des Stifters begründet werde und die später hinzutretende behördliche Genehmigung nicht constitutiver, sondern bloß declaratorischer Natur sei, daß sie daher jedenfalls auf den Zeitpunkt der Stiftungserrichtung durch die Willenserklärung des Stifters zurückbezogen werden müsse. Auf dieser Anschauung beruht die Entscheidung des obersten Gerichtes vom 11. Jänner 1860, Z. 14811, in einem in der Ger. Halle J. 1861, Nr. 15 mitgetheilten Rechtsfalle. Allerdings wäre es aber, wie der Einsender Dr. A. Pann hervorhebt, wünschenswerth, wenn zur Beseitigung von Zweifeln diese Bestimmung in einer Novelle klar ausgesprochen würde.

[2]) S. Winiwarter (Dr. J. M. v.): Erörterung der Frage, ob nach dem österr. bürg. Recht Nichterzeugte giltig durch einen letzten Willen berufen werden können? (Jurist Bd. 9, S. 62), und Keller (G.): Begründete Entscheidung eines unlängst vorgekommenen Civilrechtsfalles und Erörterung der demselben zu Grunde liegenden Rechtsfrage: ob der Erblasser rechtsgiltig eine oder mehrere Personen unter der Bedingung ihrer künftigen Existenz zu directen Erben berufen könne? (ebd. Bd. 9, S. 231).

geführt wurde. ε) Daß unerlaubte Gesellschaften keine Rechtssubjecte, folglich auch nicht erbfähig sind, folgt schon aus dem Bd. I, S. 75 d. W. gesagten.

b) Die bisher erörterte Erbunfähigkeit ist eine absolute, insofern als den betreffenden Personen das Recht zu erben überhaupt nicht zugestanden werden kann; es gibt aber auch Fälle der relativen Unfähigkeit, vermöge welcher jemand nur von der Erwerbung einer bestimmten Erbschaft ausgeschlossen erscheint, und zwar; α) wenn er sich nach §§. 540—543 des Erbrechtes unwürdig gemacht; β) wenn er auf eine bestimmte Erbschaft giltig Verzicht geleistet hat (§. 551); γ) wenn eines der Verhältnisse eintritt, deren die §§. 594—596 erwähnen [1]).

3. Inwiefern Ausländer in Oesterreich zu erben fähig sind, muß im allgemeinen nach den Grundsätzen des §. 33 beurtheilt werden (vgl. Bd. I, S. 87 d. W.). Es kömmt hierbei vor allen darauf zu sehen, ob mit dem betreffenden auswärtigen Staate ein sog. Freizügigkeits-Vertrag besteht oder nicht.

a) Ist das erstere der Fall, so muß der Fremde nicht nur als erbfähig anerkannt, sondern es darf auch bei der an denselben stattfindenden Verabfolgung des Vermögens kein sogenanntes Abschoß- oder Abfahrtsgeld (Nachsteuer, jus detractus, gabella emigrationis) gefordert werden. Solche Freizügigkeits-Verträge bestehen: 1. mit sämmtlichen deutschen Bundesstaaten zufolge Art. XVIII, lit. c der Bundesacte und dem Bundesbeschlusse v. 23. Juni 1817 (Pat. v. 2. März 1820, Nr. 1652 der J. G. S. [2]); dann dem Pat. 2. März 1820, Nr. 1652 und dem Hfkzld. vom 12. October 1827, Nr. 2312 der J. G. S.; 2. mit dem Großherzogthume Baden (Convention v. 20. December 1804; Vertrag v. 17. September 1808, Nr. 859 der J. G. S.; auf die neu erworbenen Gebietstheile ausgedehnt durch Decret der Centr. Organ. Hofcommission v. 13. Mai 1816, Nr. 1244 der J. G. S.); 3. mit dem Königreiche Baiern (Pat. v. 26. Juli 1804, Nr. 670 der J. G. S.; Vertrag v. 24. Mai 1807, in der pol. G. S., Bd. 28, S. 148; wieder erneuert zufolge Hfd. v. 15. Februar 1811, Nr. 928 der J. G. S. und auf die neu erworbenen Gebietstheile ausgedehnt laut Hfd. v. 26. April 1811, Nr. 943 der J. G. S. und durch den Art. XIII des Staatsvertrages v. 14. April 1816, kundgemacht durch Hfd. v. 8. Juni 1816, Nr. 1254 der J. G. S.); 4. mit dem Königreiche Belgien (Staatsvertrag v. 9. Juli, in den Ratificationen ausgewechselt am 3. October 1839, Nr. 370 der J. G. S.) [3]); 5. mit dem Königreiche Dänemark in Ansehung des eigentlichen Königreiches Dänemark und des Herzogthums Schleswig, sowie der Herzogthümer Holstein und Lauenburg auch bezüglich der nicht zum deutschen Bunde gehörigen Länder Oesterreichs zufolge Hfkzld. v. 27. December 1816, Nr. 1306 und v. 8. Juli 1830, Nr. 2473 der J. G. S.; 6. mit dem Königreiche Griechenland (Art. IX d. Schiffahrts- und Handelsvertrages v. 4. März 1835, in den Ratificationen ausgewechselt am 9. September n. J., Nr. 87 der J. G. S. und Additional-Artikel v. 12. Juni 1856, Nr. 169 des R. G. Bl.); 7. mit dem Kaiserthume Mexiko (Art. X des Freundschafts-, Schifffahrts- und Handelsvertrages v. 30. Juli 1842, in den Ratificationen ausgewechselt den 8. August 1843, Nr. 626 der J. G. S.); 8. mit dem Herzogthume Modena

---

1) S. dagegen Unger, Erbrecht S. 23, Anmrkg. 9.

2) Die Bestimmungen dieses Bundesbeschlusses wurden auch auf die nicht zum deutschen Bunde gehörigen Provinzen des österr. Kaiserstaates ausgedehnt durch das Uebereinkommen mit der herzoglich Anhalt-Bernburg'schen Regierung vom 28. Jänner 1847, Nr. 1035 der J. G. S.; mit dem Senate der freien Stadt Frankfurt (Hfkzld. vom 15. Juli 1840, Nr. 454 der J. G. S.; mit dem Königreiche Hannover (Hfkzld. vom 17. Juli 1837, in der pol. G. S. Bd. 65, S. 428, und Minist. Erl. vom 27. Juli 1853, Nr. 149 des R. G. Bl.); mit dem Kurfürstenthum Hessen (Hfkzld. v. 5. November 1837, Nr. 241 der J. G. S.); mit den Fürstenthümern Hohenzollern-Hechingen und Hohenzollern-Sigmaringen (Minist. Erklärg. v. 31. Mai und 15. Juni 1847, Hfkzld. vom 20. Juli 1847, Nr. 1047 der J. G. S.); mit dem Großherzogthume Oldenburg (Minist. Erklärg. vom 9. Juli 1842, Hfkzld. vom 27. August n. J., Nr. 638 der J. G. S.).

3) Der Artikel IV dieses Vertrages enthält insbesondere, daß die Bestimmungen desselben auch zu Gunsten der Wohlthätigkeitsanstalten oder Corporationen beobachtet werden sollen, welche in dem einen oder andern Staate zur Erwerbung eines Vermögens, es sei durch Testament oder durch Schenkung unter Lebenden berufen werden; mit dem Vorbehalte jedoch, daß die Gesetze und Anordnungen, welche in beiden Staaten bestehen oder vermöge des obersten Aufsichtsrechtes der Regierungen über derlei Corporationen und Anstalten in Hinkunft erlassen werden dürften, jederzeit volle Kraft haben sollen.

(Vertrag v. 12. August 1823, kundgemacht durch Hfd. v. 10. März 1826, Nr. 2171 der J. G. S.; auf Massa und Carrara ausgedehnt nach dem Hfzld. v. 4. Juli 1830, Nr. 2472 ebd.); 9. mit dem Herzogthum Nassau (Vertrag v. 25. October 1811; auf die neu erworbenen Landestheile ausgedehnt zufolge Decret der Centr. Org. Hofcommiss. vom 13. Mai 1816, Nr. 1244 der J. G. S.); 10. mit dem Königreiche der Niederlande und dem Großherzogthume Luxemburg (Staatsvertrag v. 14. Jänner, ratif. am 8. Februar 1840, kundgem. durch Hfkzld. v. 26. Februar 1840, Nr. 406 der J. G. S.); 11. mit den Nordamerikanischen Freistaaten (Art. X des Handels- und Schiffahrtsvertrages v. 27. August 1829, in den Ratif. ausgew. am 10. Februar 1831, pol. G. S. Bd. 59, S. 8, und Additional-Convention v. 8. Mai 1848, in den Ratif. ausgew. am 23. Februar 1850, Nr. 179 des R. G. Bl.); 12. mit dem Herzogthume Parma, Piacenza und Guastalla (Vertrag v. 7. November 1817, in den Ratif. ausgew. am 1. März 1818, Nr. 1427 der J. G. S. und 9. December 1822, Nr. 1913 ebd.); 13. mit dem Königreiche Preußen (Vertrag v. 24. Juli, in den Ratif. ausgew. am 30. Juli 1835, kundgem. durch Hfkzld. v. 10. October 1835, Nr. 89 der J. G. S., auf Ungarn, Croatien, Siebenbürgen, Serbien und das Temeser Banat ausgedehnt durch die Minist. Erklärg. v. 2. Juni 1852, Nr. 180 des R. G. Bl.); 14. mit dem Kaiserthume Rußland (Minist. Erklärg. vom 31. Juli 1824, kundgem. durch Hfkzld. v. 28. October 1824, Nr. 2047 der J. G. S., auf das Königreich Polen ausgedehnt durch Minist. Erklärg. v. 16. April 1825, kundgemacht durch Hfkzld. v. 3. Juni 1825, Nr. 2102 der J. G. S.); 15. mit dem Königreiche Sachsen zufolge Hfkzld. v. 11. November 1835, Nr. 93 der J. G. S.; 16. mit dem Herzogthume Sachsen-Koburg-Gotha laut Erlaß des Minist. des Aeußern v. 13. März 1852, Nr. 65 des R. G. Bl.; 17. mit dem Königreiche Sardinien (Vertrag v. 19. November 1824, in den Ratif. ausgew. am 3. März 1825, kundgem. durch Hfkzld. v. 24. März 1825, Nr. 2080 der J. G. S., neuerlich anerkannt zufolge Hfkzld. v. 2. Jänner 1840, Nr. 401 der J. G. S. und erweitert auf das in die ständischen und Communalcassen einfließende Abfahrtsgeld durch Convention vom 19. (21.) Juni 1852, laut Erl. des Minist. des Aeußern v. 9. Juli 1852, Nr. 144 des R. G. Bl.); 18. mit neunzehn Cantonen der schweizerischen Eidgenossenschaft laut Pat. v. 21. August 1804, Nr. 680 der J. G. S. (auf alles Gebiet, welches die österreichische Monarchie und die zweiundzwanzig Cantone der Eidgenossenschaft umfaßt, ausgedehnt zufolge Hfd. v. 18. Juli 1818, Nr. 1475 der J. G. S., und auf das einzelnen Städten, Gemeinden oder Herrschaften zustehende Abfahrtsgeld erweitert durch Vertrag v. 16. August 1821, v. 17. Februar 1837, kundgem. durch Hfkzld. v. 14. März 1837, Nr. 185 der J. G. S. und Minist. Erklärg. v. 14. November 1851, Nr. 8 des R. G. Bl. v. J. 1852); 19. mit dem Königreiche beider Sicilien (Vertrag v. 19. April, ratif. d. 26. Juni 1844, kundgemacht durch Hfkzld. v. 3. Juli und 18. October 1844, Nr. 800 der J. G. S. und v. 4. Juli 1846, Nr. 973 ebd.); 20. mit dem Königreich Spanien (Art. XXXI des Handels- und Schiffahrts-Vertrages v. 1. Mai 1725); 21. mit dem Großherzogthume Toscana (Vertrag vom 31. August 1821, in den Ratif. ausgew. am 25. Februar 1822, Nr. 1847 der J. G. S.); und 22. mit dem Königreiche Würtemberg (Minist. Erklärg. v. 30. October und 25. November 1837, kundgemacht durch Hfkzld. v. 13. December 1837, Nr. 245 der J. G. S., auf Ungarn, Croatien, Slavonien, Siebenbürgen, Serbien und das Temeser Banat ausgedehnt zufolge Min. Erklärg. v. 13. und 20. April 1853, kundgemacht durch Erl. des Minist. des Aeußern v. 21. Juni 1853, Nr. 115 R. G. Bl).

b) Besteht mit einem auswärtigen Staate kein Freizügigkeits-Vertrag, so kann die abzugsfreie Ausfolgung eines Vermögens in denselben nach dem Hfd. vom 18. September 1815, Nr. 1173 der J. G. S., nur gegen Reversalien de obser-

vando reciproco statt haben. Diese Reversalien sind nach dem Hfd. v. 11. Juli 1817, Nr. 1344 ebd., und v. 1. Mai 1819, Nr. 1557 ebd., von den betreffenden Obergerichten derjenigen Provinz oder desjenigen Landesdistrictes, worin der fremde Unterthan, dem eine Erbschaft in dem österreichischen Kaiserstaate angefallen, wohnhaft ist, unter der bei dergleichen Obergerichten üblichen Namens- und Petschaftsfertigung auszustellen, und haben dahin zu lauten: „es werde die Zusicherung ertheilt, daß den Unterthanen des österreichischen Kaiserstaates ebenso die ihnen in dem betreffenden Staate anfallenden Erbschaften ausgefolgt werden, wie solche den dortländischen Unterthanen aus dem österreichischen Kaiserstaate erfolgt werden, und gegenwärtig dem N. N. (Vor- und Zuname, dann Stand oder Gewerbe) nach N. N. (Ort und District) die Erbschaft des zu N. N. (Name des Ortes und der Provinz, wo der Erblasser gestorben ist) verstorbenen österreichischen Unterthans N. N. (Vor- und Zuname, dann Stand oder Gewerbe des Erblassers) auszufolgen bewilliget worden ist." Nur hinsichtlich der den päpstlichen Unterthanen zufallenden Erbschaften wurde durch das Hfd. v. 19. Jänner 1820, Z. 49 (venez. Pr. G. S. Bd. 7, S. 93) mitgetheilt, daß die gewöhnlichen Reversalien de observando reciproco zu ihrer größeren Glaubwürdigkeit auch von dem Staatssecretär Sr. Heiligkeit ausgestellt werden können. Außerdem erflossen über den vorliegenden Gegenstand noch folgende Kundmachungen: 1. daß vermöge eines Raths- und Bürgerschlusses der Stadt Hamburg v. 12. Juni 1823 gegen alle, auch nicht zum deutschen Bunde gehörigen Staaten, welche eine Reciprocität beobachten werden, eine Freizügigkeit darin bestehen soll, daß keine Nachsteuer von auswärts gehenden Erbschaften gefordert werden solle; daß jedoch die Reciprocität, wenn dieselbe nicht notorisch oder entschieden erklärt worden ist, von den Nachsuchenden bewiesen werden müsse (Hfkzl. Präs. Erl. v. 12. August 1823, n. ö. Pr. G. S. Bd. 5, S. 293). 2. Daß durch ein im Großherzogthume Hessen erlassenes Finanzgesetz v. 26. Juni 1836 die Nachsteuer bei Vermögensexportationen vom 1. Juli 1836 angefangen, aufgehoben wurde, und in Folge dessen die wechselseitige Versicherung ertheilt worden ist, daß, so lange das erwähnte großherzoglich hessische Gesetz bestehen wird, in allen Fällen von Vermögensexportationen aus den nicht zum deutschen Bunde gehörigen Ländern der österreichischen Monarchie in das Großherzogthum Hessen künftig kein in die landesherrlichen Cassen fließendes Nachsteuer- und Abzugsgeld in irgend einer Weise wegen des zu exportirenden Vermögens werde angesetzt und erhoben werden (Hfkzld. v. 5. November 1837, pol. G. S. Bd. 65, S. 517). 3. Daß die Regierung der Moldau keinen Anstand nimmt, österreichischen Unterthanen zu gestatten, das Vermögen, welches ihnen als Erbschaft oder Legat von einem Unterthanen der Moldau zufällt, an sich zu ziehen, daher auch die moldauischen Unterthanen in den österreichischen Staaten so lange als erbfähig anzuerkennen seien, als die Regierung in der Moldau gegen die österreichischen Unterthanen ein gleiches Verfahren beobachtet (Hfkzld. vom 24. Februar 1820, Nr. 1651 der J. G. S., Hof-Entschl. vom 23. October 1820, Nr. 1712 ebd. und Hfd. v. 6. April 1821, Nr. 1752 ebd.). 4. Daß der König von Schweden und Norwegen unter dem 9. December 1818 die Aufhebung des jus detractus zu beschließen geruhet habe zu Gunsten solcher fremder Unterthanen, deren Regierungen geneigt wären, den schwedischen und norwegischen Unterthanen denselben Vortheil zu bewilligen, und daß von österreichischer Seite eine solche Erklärung unter dem 18. Juli 1819 an die königlich schwedische Gesandtschaft erlassen worden sei, vermöge welcher auf jenes Abfahrtsgeld, das von den nach Schweden und Norwegen gehenden Erbschaften dem k. k. Aerare zufließen sollte, vollkommen Verzicht geleistet wurde (Hfkzld. vom 15. Jänner 1826, Nr. 1642 der J. G. S., und Hofkrgsr. Vdg. vom 28. December 1826, F. 1503). — Weiters wurde die Abforderung legaler Certificate ausdrücklich für überflüssig erklärt: 1. gegenüber von Frankreich, da die abzugfreie Erfolglassung alles Vermögens daselbst auf einer allgemeinen gesetzlichen Bestimmung des Staates (dem

Gesetze v. 14. Juli 1818) und nicht auf speciellen Zugeständnissen von Fall zu Fall beruht (Hfkzld. v. 18. December 1834, Nr. 2677 der J. G. S.; Hfkzld. vom 9. Juni 1835, Nr. 30 ebd., und Hfkmrd. v. 13. Jänner 1836, Z. 828, n. ö. Pr. G. S. Jahrg. 1826, S. 38); 2. gegenüber der königlich großbritannischen Regierung, von welcher eine officielle Erklärung abgegeben wurde, daß jeder Ausländer ein ihm in Großbritannien oder Irland angefallenes Vermögen bloß gegen Bezahlung der in der Parlamentsacte 55, Georg III. bestimmten Gebühren, welche auch von den großbritannischen Unterthanen in gleichem Maße entrichtet werden müssen, beziehen könne, und da kein Fall bekannt wurde, wo die Ausfuhr eines in England befindlichen Vermögens nach Oesterreich, dasselbe sei ursprünglich beweglich gewesen, oder aus dem Erlöse eines unbeweglichen Gutes entstanden, an die Bedingung der Zahlung eines Abfahrtsgeldes geknüpft worden sei (Hfkmrd. vom 14. April 1829, Z. 21357; v. 18. Februar 1834, Z. 6143; v. 30. Juni 1837; v. 12. August 1840 und v. 12. November 1841, Z. 34481. — Justiz-Minist. Erl. v. 26. Juni 1856, Nr. 115 R. G. Bl.); 3. gegenüber der Republik der jonischen Inseln, insolange der Senat der dortigen Regierung den österreichischen Unterthanen die freie Verfügung über die ihnen in dem Gebiete der Insel-Republik zugefallenen Erbschaften gestatten wird (Hfkzld. v. 4. März 1827, Nr. 2263 der J. G. S.).

Ueberhaupt dürfen gegenwärtig nach Art. 4 des Staatsgrundgesetzes v. 21. December 1867, Nr. 142 des R. G. Bl., Abfahrtsgelder nur in Anwendung der Reciprocität abgenommen werden.

c) Sollte endlich ein auswärtiger Staat die Verabfolgung von Erbschaften an österreichische Unterthanen gänzlich untersagen oder nur unter besonderen, die eigenen Unterthanen nicht treffenden Beschränkungen gestatten, so müßte gegen denselben die Retorsion (s. Bd. I, S. 88 d. W.) angewendet werden. Dieß ist der Fall: 1. gegenüber der ottomanischen Pforte. Die türkischen Unterthanen sind zufolge Hofrescr. v. 23. December 1775 (Kropatsch. G. S. Bd. 7, S. 469), Hfd. vom 3. Jänner 1776 (ebd. Bd. 7, S. 489), Hfd. v. 6. April 1821, Nr. 1752 der J. G. S. und a. h. Entschl. v. 23. October 1820, Nr. 1712 ebd., von allen Erbschaften und Vermächtnissen der österreichischen Unterthanen ausgeschlossen. Diese Unfähigkeit tritt auch bei den unter türkischer Botmäßigkeit stehenden Kirchen ein (Hfd. v. 23. October 1775 und v. 22. Juni 1802); doch wurde durch a. h. Entschl. v. 14. December 1833 (Hfd. v. 11. Jänner 1834, n. ö. Pr. G. S. Bd. 16, S. 52) der in Wien befindlichen Bruderschaft ottomanischer Unterthanen gestattet, Geschenke und Vermächtnisse für ihre Kirche von ihren Glaubensgenossen anzunehmen, auch wenn dieselben österreichische Unterthanen sind. Ferner kömmt zu bemerken, daß in den oben angeführten Gesetzen nur von den Verlassenschaften österreichischer Unterthanen die Rede ist; dagegen wurde in Rücksicht der in den österreichischen Staaten befindlichen, aus beweglichen Gütern bestehenden Verlassenschaften türkischer Unterthanen, welche in den österreichischen Staaten mit oder ohne letztwillige Anordnung sterben, durch das Hfkzld. v. 10. Juli 1840 (pol. G. S. Bd. 68, S. 272) erklärt, daß, insofern auf solche Verlassenschaften von Seite türkischer Unterthanen Anspruch erhoben wird, dieselben im gehörigen Wege der ottomanischen Gesandtschaft oder dem nächsten ottomanischen Consulate zu übergeben seien, ohne daß hierbei die Entrichtung eines Abfahrtsgeldes stattzufinden hat (Hfkzld. vom 5. Februar 1828, Z. 4596 [1]). 2. Mit a. h. Entschl. v. 26. Juli 1849 (Minist.-Erl. v. 18. August Nr. 348 R. G. Bl.) wurde bestimmt, daß die Montenegriner bei den von österreichischen Behörden abzuhandelnden Verlassenschaften gegen Beibringung der Reversalien rücksichtlich der gleichen Behandlung österreichischer Staatsbürger bei Eröffnung von Verlassenschaften in Montenegro, nach dem Grundsatze der Gegenseitigkeit

[1]) S. den Aufsatz von Dr. Franz Kalessa, in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1844, I., S. 199.

als erbfähig, mit der durch die a. h. Entschl. vom 23. Juni 1825 und 11. October 1845 festgesetzten Beschränkung anzusehen seien, daß diese Begünstigung auf die Fähigkeit, Grund und Boden im österreichischen Gebiete zu besitzen, nicht auszudehnen, sondern in einem solchen Falle nur der, aus einer binnen peremtorischer Frist erfolgten Veräußerung erzielte Erlös als Gegenstand des den montenegrinischen Erben oder Legataren zu erfolgenden Nachlasses zu behandeln ist.

Dagegen wurde im Art. X der Verlassenschafts-Convention mit Portugal vom 9. Jänner 1873, Nr. 135 des R. G. Bl. für 1874, die gegenseitige Erbfähigkeit und Testirungsfähigkeit der beiderseitigen Staatsangehörigen ausdrücklich ausgesprochen.

4. Letztwillige Anordnungen erkrankter Contumazisten können von solchen ohne die sonst erforderlichen Förmlichkeiten errichtet werden. Individuen des Contumaz-Personals dürfen aber, wenn sie durch dieselben zu Universalerben, Legataren oder Testaments-Vollstreckern eingesetzt werden, weder Vermächtnisse an-, noch die Testamentsvollstreckung übernehmen. Eine Ausnahme hiervon findet nur dann statt, wenn der Erblasser mit einem solchen Individuum erweislich verwandt ist, und derselbe seinen letzten Willen eigenhändig geschrieben oder unterschrieben, oder doch vor Zeugen deutlich und ausdrücklich seinen ungezwungenen Willen und freien Entschluß erklärt hat [1]).

§. 540.

Ursachen der Unfähigkeit.

Wer den Erblasser, dessen Kinder, Aeltern oder Gatten, aus bösem Vorsatze an Ehre, Leib oder Vermögen, auf solche Art verletzt, oder zu verletzen gesucht hat, daß gegen ihn von Amts wegen, oder auf Verlangen des Verletzten nach den Strafgesetzen verfahren werden kann; der ist so lange des Erbrechtes unwürdig, als sich aus den Umständen nicht entnehmen läßt, daß ihm der Erblasser vergeben habe.

1. Der Gesetzgeber hat es für nothwendig erachtet, in gewissen Fällen, wo der nach allgemeinen Grundsätzen zu einem Nachlasse berufene sich des Erbrechtes unwürdig gemacht hat, ihm dasselbe zu entziehen. Es sind dieß die Fälle der Erbunwürdigkeit, die von jenen der Erbunfähigkeit unterschieden werden [2]). Sie beruhen meistentheils [3]) auf einer Verletzung des Erblassers oder seiner Angehörigen, so daß der Unwürdige durch das Gesetz von dem Erbrechte ausgeschlossen wird, das ihm der Erblasser wahrscheinlich selbst entzogen hätte, wenn er darüber zu urtheilen in der Lage gewesen wäre [4]).

2. Die Verletzung muß, um eine Unwürdigkeit zu begründen, gegen den Erblasser, dessen Kinder, Eltern oder Gatten (nicht auch gegen andere verwandte oder verschwägerte Personen) gerichtet sein. Unter dem Ausdrucke Kinder und Eltern sind nach §. 42 alle Verwandten der ab- und aufsteigenden Linie ohne Unterschied des Grades zu verstehen, und zwar, da das Gesetz keine ausdrückliche, entgegenstehende Verfügung enthält, ohne Unterschied, ob die Verwandtschaft aus ehelicher oder unehelicher Geburt entstanden ist (vgl. §. 65) [5]), nicht aber auch Adoptiv-Kinder, weil diese im Gesetze fast durchgängig mit dem Ausdrucke „Wahlkinder" bezeichnet, und insbesondere erwähnt werden (wie in den §§. 755, 756 und in dem Hfd. vom 10. Mai 1833, Nr. 2610 der J. G. S.) [6]). Eben so wenig dürfte ein versuchter Selbstmord des Erbrechtes unwürdig machen, wenn auch der Selbst-

---

[1]) S. §. 71 der Pest-Polizei-Ordnung als Beilage zu dem Hfkzld. vom 30. Juni 1837, pol. G. S. Bd. 65, S. 205.

[2]) Das Gesetz bedient sich im Contexte des Ausdruckes „unwürdig"; in der Marginalinschrift wird minder richtig der Ausdruck „Unfähigkeit" gebraucht.

[3]) So waltet im §. 543 allerdings eine andere Rücksicht ob.

[4]) S. Michel (Dr. Th.), Die Erbunwürdigkeit nach österr. Gesetzen in Haimerl's Viertelj. Schrift Bd. 2, S. 29.

[5]) Nippel, Erläut. Bd. 4, S. 28, ist der Ansicht, daß bei Verletzungen eines unehelichen Kindes eine Erbunwürdigkeit bloß bezüglich des Nachlasses der Mutter desselben eintrete; allein seine Gründe scheinen nicht ausreichend zu sein, von der allgemein lautenden Anordnung des Gesetzes abzugehen. Nach Unger (Erbr. S. 23) und Michel (a. a. O. S. 47) ist auf die Umstände zu sehen.

[6]) A. M. ist Unger, Erbr. S. 23, Anmrkg. 11.

mörder in einem der oben erwähnten Verhältnisse zu dem Erblasser stünde, weil das Gesetz seinem Geiste nach gewiß die Verletzung einer fremden, von dem Verletzenden verschiedenen Person voraussetzt [1]).

3. Die Verletzung muß mit bösem Vorsatze unternommen sein [2]); wäre sie also bloß aus einer, wenngleich strafbaren Fahrlässigkeit hervorgegangen oder hätte sich der Verletzende dabei bloß des Rechtes der Selbstvertheidigung bedient (§. 19 des b. G. B. und §. 2 lit. g des Str. G. B.), so wird dadurch keine Erbunwürdigkeit herbeigeführt.

4. Als Gegenstand der Verletzung bezeichnet das Gesetz: Ehre, Leib oder Vermögen. In dem anologen §. 948, wo die Fälle des Widerrufes einer Schenkung wegen groben Undankes normirt werden, geschieht auch der Freiheit Erwähnung, woraus denn Nippel (Erläut. Bd. 4, S. 30) schließen will, daß die Verletzungen der Freiheit keine Erbunwürdigkeit begründen; allein hiergegen hat schon Winiwarter (bürg. Recht Bd. 3, S. 29) bemerkt, daß aus der vollständigeren Aufzählung in einem §. nicht auf die Ausschließung dessen geschlossen werden könne, was in einem anderen §. ähnlichen Inhalts mit Stillschweigen übergangen wurde, wenn die Absicht des Gesetzgebers offenbar auch in dem anderen Falle auf den gleichen Umfang der Begriffe gerichtet ist; und in der That wäre nicht abzusehen, warum das Gesetz eine, in den meisten Fällen viel strafbarere Verletzung der Freiheit geringer geachtet haben sollte, als oft ganz unbedeutende Verletzungen am Körper oder gar am Vermögen [3]).

5. Die Verletzung muß so beschaffen sein, daß sie unter die Ahndung der Strafgesetze fällt, also gegenwärtig ein in dem Strafgesetzbuche vom 27. Mai 1852, oder in den dasselbe ergänzenden Gesetzen (z. B. der Preßordnung) aufgeführtes Verbrechen, Vergehen oder eine derartige Uebertretung bildet. Es ist hierbei gleichgiltig, ob die That vollbracht wurde, oder im Stadium des, allerdings schon strafbaren Versuches geblieben ist; ob der Verletzende der unmittelbare Thäter, oder als Urheber, Mitschuldiger oder Theilnehmer daran betheiliget war (§. 5 des St. G. B.); und ob gegen ihn von Amtswegen oder nur auf Verlangen des Verletzten (wie z. B. bei Ehrenbeleidigungen nach §. 495 d. St. G. B.) verfahren werden konnte; allerdings muß er aber wirklich durch ein strafrichterliches Urtheil für schuldig erkannt worden sein; denn sonst müßte, wie schon Winiwarter (bürg. Recht Bd. 3, S. 20) bemerkt hat, auch derjenige für erbunfähig angesehen werden, der durch ein unglückliches Zusammentreffen von Umständen in den (wenngleich ungegründeten) Verdacht einer strafbaren Handlung kam, so daß eine Untersuchung gegen ihn eingeleitet werden konnte, die freilich mit seiner Freisprechung von der Anklage nach §§. 259, 317, 334, 337, 359, 360 oder 362 St. P. O., oder durch Einstellung der Voruntersuchung nach §. 109 St. P. O. endigte. Sollte erst im Laufe eines Erbrechtsstreites der Berufene einer der in Frage stehenden Verletzungen auf solche Art angeklagt werden, daß die Beschuldigung für eine zur Einleitung der Untersuchung hinreichende Anzeigung zu halten ist, so muß, da hier der Erfolg der Untersuchung auf die Entscheidung der Streitsache einen wesentlichen Einfluß übt, bei dem Civilgerichte das rechtliche Verfahren eingestellt, und das Erkenntniß des Strafgerichtes abgewartet werden (Hfd. v. 6. März 1821, Nr. 1743 der J. G. S.). Sollte zur Zeit des Erbanfalles die strafrechtliche Verjährung bereits eingetreten sein, so muß wohl die Erbunwürdigkeit

[1]) Vgl. die Anfrage in der Zeitschr. für österr. Rechtsgel. 1827, III., S. 407. — Wohl aber dürfte das Verbrechen der Abtreibung der Leibesfrucht eine Erbunwürdigkeit begründen; denn obgleich es richtig ist, daß die Leibesfrucht in civilrechtlicher Beziehung, wenn es sich um Rechte dritter Personen handelt, den Gebornen nicht gleichgehalten wird, so steht sie doch in strafrechtlicher Hinsicht unter dem Schutze des Gesetzes (§§. 144—148 des St. G. B.), und gerade dieses Moment scheint hier von Gewicht. — Vgl. übrigens die entgegengesetzte Behauptung Nippel's in seinen Erläut. Bd. 4, S. 30.

[2]) Vgl. die Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 22. Jänner 1856, Z. 10490, in Nr. 24 der Ger. Halle v. J. 1857.

[3]) Derselben Ansicht pflichten auch Winiwarter, bürg. Recht Bd. 3, S. 19; Michel, a. a. O. S. 48 und Unger, Erbr. S. 24, Anmrkg. 13 bei.

als aufgehoben betrachtet werden, weil in diesem Falle gegen den Schuldigen nicht mehr „nach den Strafgesetzen verfahren werden kann" [1]).

6. Das Gesetz geht, wie schon oben Z. 1 angedeutet wurde, bei der Bestimmung des §. 540 eigentlich von der Vermuthung aus, daß der Erblasser selbst den Unwürdigen vom Erbrechte ausgeschlossen haben würde, wenn er in der Kenntniß der obwaltenden Umstände gewesen wäre, es läßt daher einen Gegenbeweis dahin zu, daß der Verstorbene dem unwürdigen Erben vergeben habe. Diese Vergebung muß nicht gerade ausdrücklich geschehen; es genügt, wenn sie auch nur aus den Umständen entnommen werden kann (wenn sie auf einer stillschweigenden Willenserklärung nach §. 863 beruht); wie wenn z. B. der Erblasser den Unwürdigen erst nach begangener, und ihm auch bekannt gewordener That zum Erben eingesetzt hätte u. dgl. Die bloße Unterlassung der strafgerichtlichen Verfolgung, wo diese nur auf Verlangen des Beleidigten stattfinden kann, würde aber an sich nicht entscheiden [2]).

7. Die Unwürdigkeit schließt in den Fällen des vorstehenden §. von der vertragsmäßigen sowohl, als von der testamentarischen und gesetzlichen Erbfolge aus.

§. 541.

Die Nachkommen desjenigen, welcher sich des Erbrechtes unwürdig gemacht hat, sind, wenn Letzterer vor dem Erblasser verstorben ist, von dem Erbrechte nicht ausgeschlossen.

1. Die Verfügung dieses §. ist eine Folge des Grundsatzes, daß die Strafe nur den Schuldigen treffen soll. Sie bezieht sich übrigens nur auf den Fall der gesetzlichen Erbfolge, wo der §. 733 bestimmt, daß, wenn ein Kind des Erblassers vor ihm gestorben ist, und von demselben ein oder mehrere Enkel vorhanden sind, der Antheil, welcher dem verstorbenen Kinde gebührt hätte, diesem nachgelassenen Enkel ganz oder den mehreren Enkeln zu gleichen Theilen zufalle; und wo man an der Successionsfähigkeit der entfernteren Abstämmlinge allerdings hätte zweifeln können, weil ja in der That dem Verstorbenen, in dessen Rechte sie eintreten, in Folge seiner Unwürdigkeit kein Erbtheil gebührt hätte. — Bei der testamentarischen Erbfolge kömmt ohnehin der §. 536 zur Anwendung, vermöge dessen der vermeintliche Erbe, der vor dem Erblasser stirbt, das noch nicht erlangte Erbrecht auch nicht auf seine Erben übertragen kann.

2. Hat der Unwürdige den Erblasser überlebt, so können seine Nachkömmlinge keinen Anspruch auf den ihm entzogenen Erbtheil machen, denn Enkel von noch lebenden Kindern und Urenkel von noch lebenden Enkeln haben nach §. 732 kein Recht zur Erbfolge.

§. 542.

Wer den Erblasser zur Erklärung des letzten Willens gezwungen, oder betrüglicher Weise verleitet, an der Erklärung oder Abänderung des letzten Willens gehindert, oder einen von ihm bereits errichteten letzten Willen unterdrückt hat, ist von dem Erbrechte ausgeschlossen, und bleibt für allen einem Dritten dadurch zugefügten Schaden verantwortlich.

1. Der Wille des Erblassers muß nach §. 565, um giltig zu sein, frei von Zwang, Betrug und wesentlichem Irrthume erklärt werden; es war daher eine Aufgabe des Gesetzgebers, die Freiheit des Testators möglichst zu wahren. Als ein sehr zweckmäßiges Mittel hierzu stellt sich die Verfügung des gegenwärtigen §. dar, welche jeden rechtswidrigen Einfluß auf die letzte Willenserklärung des Erblassers mit dem Verluste des dadurch bezielten Vortheiles bedroht.

---

[1]) S. Michel, a. a. O. S. 46. — Anderer Meinung ist Unger, Erbr. S. 23, Anmrkg. 10.
[2]) S. Unger, Erbr. S. 24, Anmrkg. 14.

2. Demnach erscheint als unwürdig:

a) wer den Erblasser zur Erklärung des letzten Willens gezwungen hat; sei es durch Anwendung physischer Gewalt, oder durch eine gegründete Furcht (vgl. §§. 550 und 870), mag dieselbe gerecht oder ungerecht gewesen sein, da das Gesetz hier nicht (wie eben im §. 870) unterscheidet [1]);

b) wer ihn betrügerlicher Weise, d. h. durch Vorspiegelung falscher Umstände dazu verleitet; bloße Schmeichelworte oder selbst eine abwendbare Zudringlichkeit sind zur Begründung einer Erbunwürdigkeit nicht hinreichend;

c) wer ihn (wohl auch durch Zwang oder falsche Vorspiegelungen) an der Errichtung eines letzten Willens gehindert hat, was in der Absicht geschehen könnte, die Verlassenschaft den gesetzlichen Erben zuzuwenden;

d) wer ihn auf eben diese Weise an der Abänderung oder an dem Widerrufe eines letzten Willens hinderte, da diese dem Erblasser ebenso freistehen müssen, wie die Errichtung einer letztwilligen Anordnung (§§. 695 und 717);

e) wer einen von dem Erblasser bereits errichteten letzten Willen unterdrückt, d. h. eine Handlung vorgenommen hat, durch welche derselbe unwirksam gemacht werden soll, z. B. durch Vertilgung, Zerschneidung, Verheimlichung der Urkunde;

f) zweifelhaft ist, ob auch derjenige des Erbrechtes unwürdig sei, der einen letzten Willen unterschoben, d. i. absichtlich eine Handlung unternommen hat, durch welche eine Urkunde, die nicht von einem bestimmten Erblasser herrührt, als die letztwillige Anordnung desselben dargestellt werden soll, um dadurch die Vollziehung des wirklichen oder vom Gesetze vermutheten letzten Willens des Verstorbenen zu vereiteln, oder der eine echte letztwillige Anordnung verfälscht hat [2]). Es läßt sich allerdings nicht leugnen, daß die beiden letztgedachten Fälle unter den Wortlaut des §. 542 nicht subsumirt werden können; immerhin dürfte es aber im Geiste des Gesetzes begründet sein, die Erbunwürdigkeit für eine Handlung auszusprechen, welche offenbar ebenso sträflich ist, als alle übrigen in dem erwähnten §. bezeichneten, und welche überdieß mit ihnen die auffallendste Aehnlichkeit hat, und auf den gleichen Motiven beruht.

3. Die Folgen der in diesem §. normirten Erbunwürdigkeit bestehen nicht nur in der Ausschließung vom Erbrechte, und zwar ohne Unterschied, ob dasselbe sich auf einen Vertrag, auf eine letztwillige Anordnung oder auf das Gesetz gründe, sondern auch in der Pflicht des Schadenersatzes (und zwar nach §§. 1295, 1323 und 1331) gegenüber jenen Personen, welche durch die fragliche Handlungsweise benachtheiliget worden sind, wie z. B. der in dem unterdrückten Testamente eingesetzte Erbe, wenn der Inhalt desselben zwar durch die in der Gerichtsordnung bestimmten Beweisarten, aber nicht auf die Art erwiesen werden konnte, wie eine mündliche letzte Anordnung erwiesen werden muß (§. 722). Nach Umständen kann auch die Behandlung nach dem Strafgesetze (z. B. wegen des Verbrechens des Betruges) eintreten.

4. Daß auch die Erbunfähigkeit aus den Gründen des §. 542 durch Verzeihung des Erblassers wieder behoben werden könne, ist zwar im Gesetze nicht ausdrücklich bestimmt, dürfte aber durch die Betrachtung gerechtfertiget werden, daß auch die weit schwereren Verletzungen des §. 540 dadurch unwirksam gemacht werden können. Dagegen scheint es aber zur Rehabilitirung des unwürdigen Erben nicht zu genügen, wenn der Erblasser nachträglich seine volle Freiheit zu testiren wieder erlangte, da nirgends im Gesetze bestimmt ist, daß die rechtswidrige Beschränkung desselben bis zu seinem Tode fortgedauert haben müsse.

5. Die Stellung des §. 541 zwischen dem §. 540 und dem §. 542, und der unleugbare Unterschied zwischen den in dem erst- und in dem letztgenannten §.

---

[1]) S. Winiwarter, bürg. Recht Bd. 3, S. 24. — Anderer Meinung ist zum Theile Nippel, Erläut. Bd. 4, S. 34.

[2]) S. Schwab (Dr. E. F.): Ob sich derjenige des Erbrechtes unwürdig mache, der einen letzten Willen unterschoben hat? (Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1845, II., S. 1). Der Verfasser beantwortet diese Frage verneinend.

enthaltenen Ursachen der Unwürdigkeit geben allerdings dem gegründeten Zweifel Raum, ob der §. 541 sich auch auf die Nachkommen desjenigen beziehe, der nach §. 542 von dem Erbrechte ausgeschlossen ist? Dr. Gapp hat dießfalls die verneinende Ansicht in einer mit vielem Scharfsinne geschriebenen Abhandlung[1]) vertheidigt. Der Verf. meint, daß das gesetzliche Erbrecht der entfernteren Nachkommen sich lediglich auf das Vorstellungsrecht gründe, daß sie demnach, wenn der von ihnen vorzustellende das Erbrecht verwirkt hat, ebenfalls darauf keinen Anspruch machen können; daß von dieser Regel wohl aus einer vorherrschenden Betrachtung der Billigkeit zu Gunsten der im §. 540 erwähnten Nachkommen eine Ausnahme gemacht wurde, daß diese aber keineswegs auf die im §. 542 vorkommenden Handlungen auszudehnen sei, theils weil sie bei diesen durch keine, auf den wahren inneren Willen des Erblassers leitende Spur gerechtfertigt werden kann, theils weil sie hier die Gesetzgebung mit Vernichtung ihres Zweckes bedroht: die Freiheit des Erblassers, seinen letzten Willen ausdrücklich zu erklären, oder bei freier Unterlassung dieser Erklärung denselben nach dem Gesetze vermuthen zu machen, möglichst zu schützen und aufrecht zu erhalten. — Wir glauben jedoch hiergegen folgendes einwenden zu können: Auf die Ordnung, in welcher die gesetzlichen Bestimmungen gereiht sind, kommt es weniger an, als auf den Inhalt der Bestimmungen selbst; diese (der §. 541 nämlich) unterscheiden aber nicht zwischen den verschiedenen Ursachen der Unwürdigkeit des Erben, sondern sprechen überhaupt und allgemein von den Nachkommen desjenigen, welcher sich des Erbrechtes unwürdig gemacht hat. Der Unterschied zwischen den Gründen der Unwürdigkeit des §. 540 und jener des §. 542 kann hier von keinem Belange sein, wo es sich um die Rechte der schuldlosen Abstämmlinge handelt, und wenn schon die Nachkommen dessen, der sich der empörendsten Verletzungen gegen den Erblasser oder dessen Angehörige schuldig gemacht hat, von dem Erbrechte nicht ausgeschlossen sind, so ist nicht abzusehen, warum eine solche Ausschließung in den bei weitem minder strafbaren Fällen des §. 542 Platz greifen sollte. Das Repräsentationsrecht der Nachkommen besteht, wie sich später zeigen wird, bloß darin, daß alle Nachkommen zusammen nur jenen Theil erhalten, welchen ihr Ascendent erhalten haben würde, wenn er am Leben geblieben wäre; es gibt also nur den Maßstab zur Vertheilung des Nachlasses ab, darf aber nicht mit einem Transmissionsrechte verwechselt werden, welches nach §. 536 nicht besteht; die Nachkommen succediren vielmehr kraft ihres eigenen, ihnen im Gesetze eingeräumten Rechtes. Die Anordnung des §. 541 kann somit nicht als Ausnahme von einer (nirgends aufgestellten) Regel, sondern sie muß im Gegentheile als die Bestätigung des Grundsatzes angesehen werden, daß die Folgen einer strafbaren Handlung nur den Schuldigen selbst treffen sollen[2]). Wahr ist es ferner, daß in den Fällen des §. 542 keine nähere, bestimmte Vermuthung darauf hinleitet, wen der Erblasser in seinem letzten Willen bedacht haben würde, wenn er frei zu testiren in der Lage gewesen wäre; allein es ist auch dafür keine Vermuthung vorhanden, daß er die Nachkommen des Unwürdigen gerade ausgeschlossen hätte, und ebenso könnten auch die nach diesen an die Reihe kommenden nächsten gesetzlichen Erben nur wieder auf Grundlage einer Vermuthung zur Succession gelangen, weil sich die gesetzliche Erbfolge überhaupt bloß auf den vermutheten Willen des Erblassers gründet. Warum endlich bei der von uns vertheidigten Ansicht der Zweck der Gesetzgebung, die möglichste Aufrechthaltung der Freiheit des Erblassers, mit Vernichtung bedroht werden solle, ist nicht abzusehen, da die im §. 542 angeführten Handlungen durchaus nicht immer darauf abzielen, die Erbschaft den entfernteren Abstämmlingen zuzuwenden, wie wenn z. B. eine letztwillige Anordnung erzwungen, die Abänderung derselben verhindert oder ein unechtes Testament unterschoben wird[3]).

[1]) In der Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1825, II., S. 189.
[2]) So heißt es auch im §. 31 unseres St. G. B. „wie die Strafwürdigkeit, so kann auch die wirkliche Strafe niemanden als den Verbrecher treffen."
[3]) Vgl. auch Winiwarter, bürg. Recht Bd. 3, S. 25.

§. 543.

Personen, welche des Ehebruches, oder der Blutschande gerichtlich geständig, oder überwiesen sind, werden unter sich von dem Erbrechte aus einer Erklärung des letzten Willens ausgeschlossen.

1. Der Grund dieser gesetzlichen Anordnung, die sich in ähnlicher Weise schon im römischen Rechte vorfindet, mag wohl darin gelegen sein, daß man der lockenden Hoffnung zuvorkommen wollte, aus derlei unerlaubten Geschlechtsverbindungen Vortheil zu ziehen und vor den gesetzlichen Erben begünstiget zu werden. Deßhalb wird auch die Erbunfähigkeit auf die Erbfolge aus einer Erklärung des letzten Willens beschränkt, wobei es jedoch keinen Unterschied macht, ob die letztwillige Anordnung vor oder nach Beginn jenes strafbaren Verhältnisses errichtet wurde.

2. Die in Frage stehende Erbunwürdigkeit tritt nur dann ein, wenn der Grund derselben erwiesen, d. h. wenn dessen Bestand von der dazu berufenen Behörde durch rechtsgiltige Entscheidung anerkannt wurde (vgl. Bd. I, S. 147, Z. 3 d. W.). Es scheint hierbei gleichgiltig zu sein, ob der Beweis vor einer Strafbehörde oder vor einem Civilgerichte (wohl auch vor einem Schiedsrichter) hergestellt wurde [1]), und ebensowenig ist es nothwendig, daß dieß etwa vor dem Tode des Erblassers oder gar vor der Errichtung seines Testamentes geschehen sei. Dagegen dürfte ein bloß im Wege der Voruntersuchung abgelegtes Geständniß keineswegs genügen, weil es jedenfalls nur als Beweismittel, nicht als der Beweis selbst angesehen werden kann [2]), und weil die Worte des §. 543 „gerichtlich geständig oder überwiesen" nur auf die Verschiedenheit der Beweisart hinzudeuten scheinen [3]).

3. Die Nachsicht des Erblassers kann die Erbunwürdigkeit in dem vorliegenden Falle nicht aufheben, weil dieselbe nicht aus einer Beleidigung desselben hervorgeht, sondern als die gesetzliche Folge einer unerlaubten Handlung erscheint.

§. 544.

In wie fern Landeseingeborne, die ihr Vaterland, oder die Kriegsdienste ohne ordentliche Erlaubniß verlassen haben, des Erbrechtes verlustig werden, bestimmen die politischen Verordnungen.

Was die Auswanderer betrifft, so werden die mit Bewilligung Ausgewanderten andern Fremden gleichgehalten (§. 9 des Ausw. Pat. vom 24. März 1832, Nr. 2557 J. G. S.). — Die ohne Bewilligung Ausgewanderten sind aber unfähig, unter was immer für einem Titel Eigenthum zu erwerben; Erbschaften, die ihnen durch das Gesetz oder einen letzten Willen zufallen würden, gehen an jene Personen über, die in ihrer Ermanglung durch das Gesetz oder einen letzten Willen oder kraft des Heimfallrechtes darauf Anspruch haben (§. 10, lit. c, ebendort). Diese nachtheilige Folge ist aber gegenwärtig durch Art. 4 des Ges. v. 21. Dec. 1867, Nr. 142 des R. G. Bl., dann die §§. 42—47 und 54 des Wehrges. v. 5. Dec. 1868, Nr. 151 des R. G. Bl., aufgehoben. — Dasjenige Vermögen, welches einem Deserteur bis zu seiner Verhaftung oder Rückkehr unter dem Titel einer Erbschaft, eines Vermächtnisses oder einer Schenkung auf den Todesfall, innerhalb des Staatsgebietes zufällt, ist an seiner statt jenen gesetzlichen Erben zuzuwenden, denen es zugefallen sein würde, wenn der Deserteur den Anfallstag nicht erlebt hätte (§. 208, lit. c, des Mil. Str. G.).

§. 545.

Nach welchem Zeitpunkte die Fähigkeit zu beurtheilen.

Die Erbfähigkeit kann nur nach dem Zeitpunkte des wirklichen Erbanfalles bestimmet werden. Dieser Zeitpunkt ist in der Regel der Tod des Erblassers (§. 703).

---

[1]) In diesem Sinne wurde auch der in der Gazzetta dei Tribunali, 1853, Nr. 80 mitgetheilte Rechtsfall entschieden. — Vgl. jedoch den Aufsatz im Ecco dei Tribunali, J. 1852, S. 232.

[2]) Von dieser Ansicht ging auch der oberste Gerichtshof bei Entscheidung des in Nr. 19 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1852 mitgetheilten Rechtsfalles aus. Ingleichen kann das Geständniß des Ehebruches nicht als beweismachend im Sinne des §. 543 des b. G. B. angesehen werden, wenn die Untersuchung, bei welcher es abgelegt wurde, nicht auf den Ehebruch, sondern auf eine andere strafbare Handlung (z. B. einen Diebstahl) gerichtet war. S. die Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 26. August 1857, Z. 8757, in Nr. 136 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1857 und in Glaser's und Unger's Sammlg. Nr. 430.

[3]) Vgl. den Beitrag zur Erläuterung des §. 543 des b. G. B. in der allg. österr. Ger. Ztg. J. 1852, Nr. 68.

§. 546.

Eine später erlangte Erbfähigkeit gibt kein Recht, Anderen das zu entziehen, was ihnen bereits rechtmäßig angefallen ist.

1. Bei Beurtheilung der Erbfähigkeit können möglicherweise drei verschiedene Zeitpunkte in Betrachtung kommen; und zwar: a) der Zeitpunkt der Erbseinsetzung bei der vertragsmäßigen und testamentarischen Erbfolge; b) der Zeitpunkt des Erbanfalles und c) jener der Antretung der Erbschaft. Nach der Strenge des römischen Rechtes mußte die Erbfähigkeit bei der testamentarischen Erbfolge in jedem dieser drei Momente, bei der gesetzlichen Erbfolge in den beiden letzteren vorhanden sein. Nach unserem G. B. ist der Zeitpunkt des Erbanfalles entscheidend. Ist der zur Nachfolge berufene in diesem Momente erbfähig, so geht nach §. 537 das ihm angefallene Erbrecht auch noch vor der Uebernahme auf seine Erben über, und ebenso kann, bei eingetretener Handlungs-Unfähigkeit des Erben (wie wenn derselbe z. B. in Wahnsinn verfallen wäre), die Erbserklärung auch von seinem gesetzlichen Vertreter überreicht werden (§. 805). Allerdings muß aber die Erbfähigkeit bis zur Zeit des Erbschaftsantrittes fortdauern, denn durch den Erbanfall erwirbt der berufene nur die rechtliche Möglichkeit, die Erbschaft zu erwerben; die Erwerbung selbst geht erst durch den Antritt der Erbschaft vor sich, und setzt wohl die Rechtsfähigkeit des Erwerbenden voraus [1]). War in dem gedachten Zeitpunkte der (vermeintliche) Erbe zu erben unfähig, so wird ihm das Erbrecht eigentlich gar nicht deferirt, sondern es fällt vielmehr sogleich denjenigen an, welche demnächst dazu berufen erscheinen, d. i. der von dem Erblasser insbesondere bezeichnete Nacherbe, sowohl bei der gemeinen (§. 604), als bei der fideicommissarischen Substitution (§. 608); wenn ein solcher nicht ernannt wurde, die Miterben, insofern ihnen nach §. 560 ein Zuwachs gebührt; oder endlich, wenn auch keine accrescenzberechtigten Miterben vorhanden sind, die gesetzlichen Erben (§. 727) nach der für dieselben festgesetzten Reihenfolge. Diesen Personen kann demnach das ihnen bereits rechtmäßig angefallene Erbrecht nicht mehr entzogen werden, wenn auch der ursprünglich berufene die Erbfähigkeit später wieder erlangt hätte, wie wenn z. B. der unbefugt Ausgewanderte wieder in den österreichischen Staatsverband aufgenommen worden wäre [2]).

2. Als den Zeitpunkt des Erbanfalles bezeichnet das Gesetz, wie schon oben (S. 140) bemerkt wurde, in der Regel den Todestag des Erblassers (§§. 536 und 545) oder den Tag der in Rechtskraft erwachsenen Todeserklärung (§. 279); nur ausnahmsweise tritt der Anfall eines unter einer aufschiebenden Bedingung zugedachten Nachlasses erst mit der Erfüllung der Bedingung ein (§. 703). Bei einer fideicommissarischen Substitution wird das Recht des fideicommissarischen Erben erst dann wirksam, wenn der Fall der fideicommissarischen Substitution eintritt, der Nacherbe erwirbt es aber schon mit dem Tode des Erblassers, wenn es nicht insbesondere an eine aufschiebende Bedingung oder Zeitbestimmung geknüpft ist. Dieß erhellet aus der Verfügung des §. 613, welcher zufolge dem eingesetzten Erben in diesem Falle nur das eingeschränkte Eigenthumsrecht mit den Rechten und Verbindlichkeiten eines Fruchtnießers zukömmt, wobei also nothwendig jemand (der Nacherbe) vorausgesetzt werden muß, zu dessen Gunsten diese Einschränkung Platz greift. Auch wird in dem Pat. vom 9. August 1854, Nr. 208 des R. G. Bl. der Eintritt des Substitutionsfalles nicht als Grund zu einer neuen Abhandlung der Verlassenschaft aufgeführt, sondern der §. 92 bestimmt nur, daß der Richter von Amtswegen ein Inventar über die letztere aufzunehmen habe, wenn der

---

[1]) S. Unger, Erbrecht S. 25, Anmrkg. 22. Das im §. 545 gebrauchte Wörtchen „nur" will bloß die Verneinung des Erfordernisses der Erbfähigkeit in dem Zeitpunkte der Erbseinsetzung andeuten.

[2]) In diesem Sinne bestimmt auch §. 23 des Pat. vom 24. März 1832, Nr. 2557 der J. G. S., daß der unbefugt Ausgewanderte im Falle seiner Rehabilitation die wieder erlangte Staatsbürgerschaft gegen dritte Personen nur in Bezug auf jene Rechte geltend machen kann, welche er später erworben hat.

Erblasser dem Erben die Verbindlichkeit auferlegt hat, die Erbschaft oder einen verhältnißmäßigen Theil derselben dritten Personen zu hinterlassen, und im §. 158 ebd. heißt es, daß Substitutionen auf die denselben unterworfenen Güter in die öffentlichen Bücher eingetragen werden müssen, und daß, wenn dieselben Capitalien oder anderes bewegliches Vermögen zum Gegenstande haben, welches dem eingesetzten Erben ausgefolgt werden soll, letzteres in der Regel pupillarmäßig versichert werden muß. — Ebensowenig findet bei dem Eintritte des Accrescenzrechtes über Hinwegfallen eines Miterben ein besonderer Erbanfall statt; denn das Zuwachsrecht gebührt nach §. 560 nur jenen Erben, welche ohne Bestimmung der Theile oder in dem allgemeinen Ausdrucke einer gleichen Theilung zur Erbschaft berufen sind. Jeder Miterbe erlangt also einen Anspruch auf den ganzen Nachlaß, der nur durch die Concurrenz der Miterben beschränkt wird, so daß mit dem Hinwegfallen derselben nur diese Beschränkung verschwindet, aber im Grunde kein neuer Erwerb vor sich geht.

§. 547.

Wirkung der Annahme der Erbschaft.

Der Erbe stellt, sobald er die Erbschaft angenommen hat, in Rücksicht auf dieselbe, den Erblasser vor. Beide werden in Beziehung auf einen Dritten für Eine Person gehalten. Vor der Annahme des Erben wird die Verlassenschaft so betrachtet, als wenn sie noch von dem Verstorbenen besessen würde.

§. 548.

Verbindlichkeiten, die der Erblasser aus seinem Vermögen zu leisten gehabt hätte, übernimmt sein Erbe. Die von dem Gesetze verhängten Geldstrafen, wozu der Verstorbene noch nicht verurtheilt war, gehen nicht auf den Erben über.

1. Mit dem Tode des Erblassers verliert das Vermögen desselben sein bisheriges berechtigtes Subject. Da nun der Eintritt des Erben gewöhnlich erst später, nach einem längeren oder kürzeren Zeitraume erfolgt, so würde eine Zwischenzeit der Herrenlosigkeit Platz greifen, welche dadurch beseitiget wird, daß man bis zur Annahme des Erben die Verlassenschaft so betrachtet, als wenn sie noch von dem Verstorbenen besessen würde. Sie heißt dann eine ruhende (auch hangende) Verlassenschaft (hereditas jacens). Durch diese Rechtsfiction, welche unser Gesetzbuch nach dem Vorgange des römischen Rechtes angenommen hat, wird die Fortdauer aller rechtlichen Verhältnisse des Verstorbenen, insofern sie nicht ihrer Natur nach durch seinen Tod erloschen sind, möglich gemacht. Demnach bestehen a) alle zur Verlassenschaft gehörigen Rechte unverändert fort, und können erforderlichen Falles im Namen derselben geltend gemacht werden (s. unten S. 154). Auch eine angefangene Ersitzung wird durch den Tod des Ersitzenden nicht unterbrochen (vgl. §. 1493). b) Eben dasselbe gilt auch von den Verpflichtungen, welche der Verstorbene aus seinem Vermögen zu leisten gehabt hätte. Der Berechtigte kann dieselben sogar klagbar gegen die Masse verfolgen, da das Hfd. vom 19. Jänner 1790, Nr. 1094 der J. G. S., sowie §. 811 des b. G. B. ausdrücklich verfügt, daß vor überreichter Erbserklärung auf des Klägers Anlangen der Masse ein Vertreter bestellt, und den bekannten Erben hiervon Nachricht ertheilt werden müsse, damit wider ersteren, allenfalls gemeinschaftlich mit den bekannten Erben, die Klage der Ordnung nach fortgeführt werde. c) Weiters ist der Nachlaß auch zu allen Erwerbungen fähig, die nicht eine eigene Handlung des Erwerbenden voraussetzen (z. B. durch Zuwachs in den Fällen der §§. 405, 411 u. dgl.); und unter der gleichen Voraussetzung können d) auch neue Verpflichtungen entstehen, die aus demselben getilgt werden müssen; wie wenn z. B. jemand als Geschäftsführer ohne Auftrag zum besten der Masse etwas aufgewendet hätte. Die ruhende Erbschaft stellt sich demnach als eine juristische Person dar (vgl. Bd. I, S. 74 d. W.)[1].

[1]) S. die trefflichen Ausführungen über diese Materie von Unger (Erbrecht S. 28) und Dworzak (in Haimerl's Viertelj. Schrift Bd. 11, S. 219).

2. Zum Schutze der ruhenden Verlassenschaftsmasse bestimmt das Gesetz vom 9. August 1854, Nr. 208 des R. G. Bl., §. 43, daß dieselbe, wenn die bekannten oder muthmaßlichen Erben ihr Vermögen selbst zu verwalten fähig sind, in der Regel ohne Anlegung des Gerichtssiegels ihnen oder ihren mit gehöriger Vollmacht versehenen Geschäftsträgern, oder den von dem Erblasser dazu benannten Personen in Verwahrung zu belassen sei; wenn dagegen die Erben ihr Vermögen zu verwalten unfähig, abwesend oder gänzlich unbekannt sind, wenn eine das Vermögen übersteigende Schuldenlast zu besorgen ist, oder andere Umstände besondere Vorsicht fordern, muß die Verlassenschaftsmasse sogleich versiegelt werden. In diesem Falle hat der Gerichtsabgeordnete nach §. 45 ebd. das vorhandene bare Geld, das Gold- und Silbergeräthe, die Prätiosen, öffentlichen und Privatschuldscheine und sonst vorhandenen wichtigen Urkunden zu Gericht zu erlegen; andere Verlassenschaftsschriften, Fahrnisse und Geräthschaften aber, insofern es thunlich und zur Versicherung der Theilnehmenden nöthig ist, in einem oder mehreren Zimmern oder an einem andern schicklichen Orte vorsichtig zu verschließen, und durch Anlegung des Gerichtssiegels auf die Thüren, Behältnisse oder Schränke von allen Seiten so zu verwahren, daß ohne Verletzung des Siegels und sichtbare Gewalt nichts entfernt werden kann. Zugleich hat der Gerichtsabgeordnete nach §. 46 ebd. die Aufsicht über die Verlassenschaftsmasse und die Besorgung des Hauswesens einstweilen und bis auf weitere Verordnung des Gerichtes einem Hausgenossen des Erblassers oder einer anderen tauglichen Person anzuvertrauen. Dieser werden auch die zur Berichtigung der Leichenkosten und anderen dringenden Auslagen und zur Bestreitung des Hauswesens erforderlichen Beträge aus den Verlassenschaftsgeldern vorgeschossen und diejenigen Fahrnisse übergeben, die ihrer Beschaffenheit nach nicht versperrt werden können, dem Verderben unterliegen oder zum Wirthschafts- oder Geschäftsbetriebe unentbehrlich, oder bei welchen keine Gefahr zu besorgen ist. Ist der künftige Vormund oder Curator der Erben schon zuverlässig bekannt, so können zufolge §. 47 ebd. nach Umständen auch alle Verlassenschaftsgegenstände, die nicht zu Gericht zu erlegen sind, unversiegelt in seiner Verwahrung gelassen werden. Immer sind jedoch (§. 48 ebd.) unverschlossen gebliebene Fahrnisse nach Thunlichkeit zu verzeichnen. Auch ist sogleich ein Verzeichniß der von dem Gerichtsabgeordneten in Empfang genommenen Gelder, Kostbarkeiten und Urkunden zu verfertigen, mit seiner Unterschrift zu versehen, und derjenigen Person, welcher die Obsorge über die Verlassenschaft anvertraut wird, zu übergeben. Weiters hat nach §. 71 ebd. die Abhandlungsbehörde über die Todfallsaufnahme sogleich zu bestimmen, ob und welche Vorkehrungen zur Sicherstellung und Verwaltung der Verlassenschaft etwa noch zu treffen sind. Ebenso verfügt der §. 78 ebd., daß zur Verwaltung der Verlassenschaften, deren Erben gänzlich unbekannt sind, oder welche, obgleich sie bekannt sind, von ihrem Erbrechte ungeachtet der erfolgten Verständigung keinen Gebrauch machen, ein Curator (Verlassenschafts-Curator) zu bestellen sei. Dieser hat zufolge §. 129 ebd. die Verwaltung und Vertretung des Nachlasses, insbesondere die Eintreibung der Activforderungen desselben zu besorgen, und sobald es mit Sicherheit geschehen kann, die Erbschaftsgläubiger zu befriedigen. — Handelt es sich darum, Klagen im Interesse der Erbschaftsmasse bei Gericht anzubringen, oder Vergleiche einzugehen, so bedarf der Curator hierzu der Genehmigung der Abhandlungsbehörde, welche nach der Wichtigkeit des Gegenstandes die eingeschrittenen Erben oder die sonst Betheiligten zu vernehmen hat. Der Verlassenschafts-Curator ist ferner nach §. 145 ebd. mit Genehmigung des Gerichtes Güter und Fahrnisse zu veräußern und zu verpfänden, Forderungen abzutreten, oder von den Schuldnern Gelder in Empfang zu nehmen berechtigt, wenn diese Vorkehrungen in dem letzten Willen angeordnet oder zur Bestreitung von Krankheits- und Leichenkosten oder anderer dringender Zahlungen oder zur Vermeidung offenbaren Nachtheils nothwendig sind; insbesondere wenn Fahrnisse ohne Gefahr eines Schadens oder unverhältnißmäßige

Kosten nicht aufbewahrt werden können. Ist die Verlassenschaft noch unter dem Gerichtssiegel, so muß diese Veräußerung nach §. 146 ebd. gerichtlich geschehen, und der eingegangene Betrag deponirt oder die Verwendung desselben sogleich ausgewiesen werden.

3. Hat der Erbe die Erbschaft einmal angenommen, so stellt er in Rücksicht auf dieselbe den Erblasser vor: beide werden in Beziehung auf einen dritten für eine Person gehalten (vgl. oben S. 153). Der Erbe erlangt daher einerseits alle nicht höchst persönlichen Rechte des Verstorbenen, muß dagegen aber auch anderseits alle Verbindlichkeiten übernehmen, die der Erblasser aus seinem Vermögen zu leisten gehabt hätte. Für diese Verbindlichkeiten muß er, ohne Unterschied, ob er die Erbschaft mit oder ohne die Rechtswohlthat des Inventars angetreten hat, nicht nur mit dem Vermögen des Verstorbenen, sondern auch mit seinem eigenen Vermögen einstehen [1], weil der Schuldner für die Erfüllung seiner wie immer übernommenen Verbindlichkeiten mit seinem ganzen Vermögen haftet, und der Erbe mit der Einantwortung der Erbschaft jedenfalls in den Besitz derselben gelangt und sie mit seinem Vermögen vermengt, so daß die Verlassenschaftsgläubiger, wenn sie mit ihren Forderungen nur auf die Bestandtheile des Erbvermögens angewiesen wären, sich nicht in der Lage befänden, um zu beurtheilen, ob und wie viel ihnen davon gebühre, ja nicht einmal auszumitteln vermöchten, wo die Erbschaftsbestandtheile, an denen sie ihr Recht zu suchen hätten, sich vorfinden, und sogar der Erbe durch den ihm gestatteten Verkauf der Erbschaftsstücke an dritte, gegen welche die Verlassenschaftsgläubiger kein Klagerecht haben, sie für immer um die Geltendmachung ihrer Ansprüche bringen könnte [2].

4. Unter den auf den Erben übergehenden Verpflichtungen des Erblassers würden streng genommen auch die von dem Verstorbenen verwirkten Geldstrafen zu rechnen sein; allein in Beziehung auf Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen verfügt der §. 527 des St. G. B., daß der Tod des Schuldigen alle Untersuchung, und wenn bereits ein Urtheil ergangen ist, auch alle Wirkungen desselben, außer insofern dadurch auf Ersatz oder Entschädigung erkannt worden, aufhebt. Hinsichtlich der Gefällsübertretungen bestimmt der §. 470 des St. G. über Gef. Ueb., daß der vor der Bekanntmachung eines keinem weiteren Zuge unterliegenden Straferkenntnisses, oder ehe das einen weiteren Zug zulassende Straferkenntniß in Rechtskraft erwachsen ist, erfolgte Tod eines Uebertreters alle Strafen, welche ihn zu treffen hatte, in dem Maße aufhebt, als dieselben nicht durch die auf dem Gegenstande und den Hilfsmitteln der Uebertretung ruhende Haftung gedeckt sind. Erfolgt aber der Tod des Uebertreters nach dem eben bemerkten Zeitpunkte, so werden nach §. 471 ebd. die durch das Straferkenntniß verhängten Vermögensstrafen vollstreckt. Auch Geldstrafen, die wegen anderer strafbarer Handlungen verhängt werden (z. B. wegen Zinsverheimlichung nach dem Hfkzld. vom 13. April 1826, in Goutta's G. S. Bd. 27, S. 121), gehen nur dann auf den Erben über, wenn der Verstorbene dazu schon verurtheilt war, d. h. nach dem Hfd. vom 18. Juli 1820, Nr. 1676 der J. G. S., wenn gegen das vor dem Tode desselben erfolgte Urtheil kein Rechtsmittel mehr gesetzlich ergriffen werden konnte, das Urtheil daher bereits vor dem Tode des Erblassers in Rechtskraft erwachsen war. Ingleichen verfügt die Minist. Vdg. vom 3. April 1859, Nr. 52 des R. G. Bl., daß alle sowohl in dem allgemeinen Strafgesetzbuche als in anderen Gesetzen verhängten Geld- und übrigen Vermögensstrafen, daher insbesondere auch die mit der unerlaubten Geschenkannahme in Amtssachen und der Verleitung zum Mißbrauche der Amtsgewalt verbundene Verpflichtung zum Erlage des unerlaubten Geschenkes, ferner die in Folge der De-

[1]) Allerdings ist in dem Falle des mit der Rechtswohlthat des Inventars geschehenen Antrittes der Erbschaft jene Haftung des Erben beschränkt, indem er nach §. 802 des b. G. B. den Gläubigern der Verlassenschaft nur soweit verbunden ist, als die Erbschaft für ihre und seine eigenen Forderungen hinreicht.

[2]) S. die Entschdg. des obersten Gerichtshofes vom 9. November 1859, Z. 11652, in der allg. österr. Ger. Ztg. J. 1862, Nr. 75.

sertionsbegünstigung zu leistenden Zahlungen an die Kriegscasse, dann die Strafen des Verfalles von Cautionen, Waaren, Feilschaften und anderen Gegenständen, wozu jemand durch ein Straferkenntniß verurtheilt worden ist, auf die Erben des Verurtheilten übergehen, wenn der Tod des letzteren erst nach eingetretener Rechtskraft des Straferkenntnisses erfolgt ist. Auf die sog. Conventionalstrafe sind die eben erörterten Bestimmungen nicht anwendbar, da hierunter nach §. 1336 nur eine Art der Leistung des Schadenersatzes zu verstehen ist.

5. Die Antretung der Erbschaft wird, wenn sie auch erst später erfolgt, immer auf den Zeitpunkt des Erbanfalles zurückbezogen, so daß die in der Zwischenzeit eingetretene Vermehrung oder Verminderung des Nachlasses auf Rechnung des Erben kömmt.

6. Dem Erben, dessen Erbrecht bei der Antretung der Erbschaft hinreichend ausgewiesen ist, hat das Gericht nach §. 810 des b. G. B. und §. 145 des Pat. vom 9. August 1854 die Besorgung und Verwaltung der Verlassenschaft zu überlassen; und es stehen ihm sohin dieselben Rechte zu, welche oben als Befugnisse des Verlassenschafts-Curators aufgeführt worden sind. Insbesondere kann auch die Abhandlungsinstanz einem Erben, dessen unbeschränktes ausschließendes Erbrecht und freie Macht über sein Vermögen zu verfügen klar ausgewiesen ist, den rechtlichen Besitz einzelner zur Verlassenschaft gehörigen Capitalien und anderer beweglichen Sachen, insofern die von dem Nachlasse zu entrichtenden Gebühren und die Erfüllung des letzten Willens mit dem übrigen Nachlasse bedeckt sind, oder die Betheiligten ihre Zustimmung ertheilen, auch vor beendigter Abhandlung einräumen, und die gerichtliche oder außergerichtliche Veräußerung dieser Gegenstände gestatten.

§. 549.

Zu den auf einer Erbschaft haftenden Lasten gehören auch die Kosten für das dem Gebrauche des Ortes, dem Stande und dem Vermögen des Verstorbenen angemessene Begräbniß.

1. Dem eben gesagten zufolge könnten die Begräbnißkosten nicht unter den auf der Verlassenschaft ruhenden Verbindlichkeiten begriffen werden; allein da schon aus Sanitätsrücksichten eine schnelle Beerdigung der Todten nothwendig ist, und die Sitte ein anständiges Leichenbegängniß fordert, so hat sie das Gesetz als eine Last der Erbschaft erklärt, und der §. 46 des Pat. vom 9. August 1854 verfügt, daß demjenigen, welchem die Aufsicht über die Verlassenschaftsmasse anvertraut wurde, die zur Berichtigung der Leichenkosten erforderlichen Beträge aus den Verlassenschaftsgeldern vorgeschossen werden sollen, und der §. 145 ebd. ermächtigt den Erben oder Verlassenschaftscurator, zum Behufe der Bestreitung der Leichenkosten Güter und Fahrnisse zu veräußern und zu verpfänden, Forderungen abzutreten oder von den Schuldnern Gelder in Empfang zu nehmen.

2. Die Größe der Beerdigungskosten richtet sich wohl zuvörderst nach dem ausdrücklich erklärten Willen des Erblassers, insofern sein Nachlaß dazu hinreicht, und nicht etwa die Notherben in ihrem Pflichttheile verletzt werden (§. 786); außerdem nach dem Stande und dem Vermögen des Verstorbenen, unter Berücksichtigung des Ortsgebrauches.

3. Hat jemand innerhalb der eben erörterten Gränzen die Leichenkosten bestritten, so kann er nach §. 1042 den Ersatz dafür fordern[1]) und dieß würde nach §. 802 selbst der Erbe zu thun berechtiget sein, wenn er die Erbschaft mit der Rechtswohlthat des Inventars angetreten hat. Dagegen könnte ein Ersatz nicht gefordert werden, wenn die Auslage nicht gleichsam vorschußweise bestritten, sondern vielmehr mit dem animus donandi gemacht wurde (§. 1432), was aber freilich klar erwiesen werden müßte; ferner wenn der Erblasser jemandem einen Nach-

---

[1]) S. die Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 13. Februar 1855, Z. 373, in Glaser's und Unger's Sammlg. Nr. 71.

laß unter dem Auftrage zugewendet hat, die Leichenkosten zu bestreiten (§. 709), weil ein von einem solchen Auftrage abhängendes Recht nur durch die genaue Erfüllung desselben erworben werden kann.

4. Die Begräbnisse jener Personen, deren Mittellosigkeit durch ein Zeugniß bestätiget ist, müssen unentgeltlich vorgenommen werden (Pat. v. 25. Jänner 1782); nur dem Todtengräber kann dort, wo für die Beerdigung der Armen nicht eigens gestiftete Bezüge bestehen, oder wo er nicht aus einem besonderen Titel verpflichtet ist, die Beerdigung unentgeltlich vorzunehmen, ein billiger Lohn verabreicht werden. Die Kosten für den Sarg sind, wenn der Nachlaß des Beerdigten nicht hinreicht, dieselben zu decken, aus der Armen-Instituts-Casse zu bestreiten (Rgs. Vdg. v. 18. Juli 1843, Z. 13715). Nach Inhalt der Minist. Vdg. v. 5. Jänner 1854, Nr. 6 des R. G. Bl., ist die österreichische Regierung der zwischen den Regierungen von Preußen, Sachsen, Hannover, Kurhessen, Großherzogthum Hessen, Sachsen-Weimar, Mecklenburg-Schwerin, Mecklenburg-Strelitz, Oldenburg, Braunschweig, Sachsen-Meiningen, Sachsen-Altenburg, Sachsen-Coburg-Gotha, Anhalt-Deßau-Köthen, Anhalt-Bernburg, Schwarzburg-Rudolstadt, Schwarzburg-Sondershausen, Schaumburg-Lippe, Reuß älterer und Reuß jüngerer Linie, dann den freien Städten Frankfurt und Bremen in Bezug auf die Verpflegung erkrankter und Beerdigung verstorbener gegenseitiger Staatsangehörigen am 11. Juli 1853 zu Eisenach abgeschlossenen Uebereinkunft, welcher auch noch die Regierungen von Würtemberg, Nassau, Waldeck und die freie Stadt Lübeck beigetreten sind, gleichfalls beigetreten und es sind die Bestimmungen dieses Uebereinkommens für die österreichische Monarchie mit 1. Jänner 1854 in Kraft getreten. Laut der Minist. Vdg. v. 28. Jänner 1854, Nr. 20 des R. G. Bl., ist die k. baierische Regierung mittelst zu Berlin am 21. December 1853 und 3. Jänner 1854 abgegebener Erklärung, und laut Minist. Vdg. vom 21. Mai 1854, Nr. 125 des R. G. Bl., die großherzogliche badische Regierung unterm 18. März 1854 dieser Uebereinkunft nachträglich beigetreten, zufolge welcher ein Ersatz der durch die Beerdigung der hilfsbedürftigen Angehörigen der contrahirenden Staaten erwachsenden Kosten gegen die Staats-, Gemeinde- oder andere öffentliche Cassen desjenigen Staates, welchem der Hilfsbedürftige angehört, nicht beansprucht werden kann.

§. 550.

Mehrere Erben werden in Ansehung ihres gemeinschaftlichen Erbrechtes für Eine Person angesehen. Sie stehen in dieser Eigenschaft vor der gerichtlichen Uebergabe (Einantwortung) der Erbschaft Alle für Einen und Einer für Alle. In wie fern sie nach der erfolgten Uebergabe zu haften haben, wird in dem Hauptstücke von der Besitznehmung der Erbschaft bestimmt.

1. Die Erbschaft wird vor der Einantwortung als ein ungetheiltes Ganzes betrachtet, daher auch die Erben in Ansehung ihres gemeinschaftlichen Erbrechtes nur als Eine Person angesehen werden können, und in dem Verhältnisse der Correalität zu einander stehen [1]). Keiner der Miterben kann demnach in der Erbschaftsmasse eine Veränderung vornehmen, wodurch über den Antheil des andern verfügt würde (§. 828), doch ist jeder Eigenthümer seines Erbtheiles und kann denselben nach Willkür veräußern (§. 829). Auf welchen Titel das Erbrecht sich gründe, ist hierbei vollkommen gleichgiltig.

2. Nach der Einantwortung haften mehrere Erben nach den Bestimmungen der §§. 820 und 821.

§. 551.

Wer über sein Erbrecht selbst giltig verfügen kann, ist auch befugt, im Voraus darauf Verzicht zu thun. Eine solche Verzichtleistung wirkt auch auf die Nachkommen.

1. Um die Tragweite des vorstehenden §. richtig zu beurtheilen, muß vor

---

[1]) Vgl. den Rechtsfall in Petruska's Zeitschr. Jg. V, Nr. 14 und 15.

allem bemerkt werden, daß sich die Anordnung desselben nur auf jene Verzichtleistung bezieht, welche vor dem Tode des Erblassers („im voraus", wie das Gesetz sagt) erfolgt, während von der Ausschlagung einer bereits angefallenen Erbschaft (repudiatio hereditatis) erst im §. 805 die Rede ist. Weiters kömmt von der Verzichtleistung auf das Erbrecht die Veräußerung desselben zu unterscheiden, welch' letztere, sie mag entgeltlich oder unentgeltlich geschehen, nur dann giltig ist, wenn sie sich auf eine bereits angefallene Erbschaft bezieht (§§. 879, Z. 4, 1278—1283). Die Verzichtleistung kann also nur in einem Aufgeben des Erbrechtes, ohne Uebertragung desselben an einen andern, bestehen, setzt aber nicht nothwendiger Weise voraus, daß dadurch der Erblasser von der Pflicht, jemandem einen bestimmten Erbtheil zuzuwenden, befreit werde, da der §. 939 ausdrücklich von einer Verzichtleistung spricht, welche nicht gerade zu Gunsten des Verpflichteten geschieht [1]).

2. Eine solche Entsagung vorzunehmen ist nur derjenige befugt, der über sein Erbrecht giltig verfügen, also seine Angelegenheiten selbst verwalten kann. Pflegebefohlene u. dgl. müssen durch ihre Vormünder, Curatoren u. s. w. vertreten werden, und diese hätten wohl ohne Zweifel nach Analogie des §. 233 die gerichtliche Genehmigung dazu einzuholen [2]).

3. Da das Gesetz in Ansehung des Objectes der Verzichtleistung keinerlei Beschränkung enthält, so muß wohl angenommen werden, daß man auf alle Arten des Erbrechtes verzichten könne. Hierbei läßt sich wohl nicht leugnen, daß der Verzicht dann eine höhere Bedeutung gewinnt, wenn der Erblasser dadurch von der Pflicht, dem Verzichtenden einen bestimmten Erbtheil zu hinterlassen, befreit wird, was freilich nur bei dem vertragsmäßigen Erbrechte und dem Pflichttheile stattfindet, und daß bei dem testamentarischen und dem gesetzlichen Erbrechte, mit Ausschluß des Pflichttheils, der gleiche Zweck in der Regel auf weit einfachere Weise dadurch erreicht werden kann, daß der Erblasser von seinem freien Verfügungsrechte Gebrauch macht; allein es scheint deßhalb doch nicht gerechtfertigt, wie Dr. Perthaler will [3]), die Verzichtleistung wirklich bloß beim Pflichttheil und beim vertragsmäßigen Erbrechte gelten zu lassen, da immerhin auch Fälle denkbar sind, in denen die Verzichtleistung von Seite des Testaments- oder Intestaterben von praktischer Wichtigkeit erscheint [4]). Diesem steht die Textirung des §. 551 in dem Ausdrucke: „wer über sein Erbrecht giltig verfügen kann", nicht entgegen, da das Gesetz an mehreren Stellen von „gehofften" Rechten und der Verfügung über dieselben spricht [5]). Dagegen muß die Verzichtleistung eines Miterben auf den ihm nach §. 560 zuwachsenden Erbtheil für unstatthaft erkannt werden, denn der gedachte §. bestimmt ausnahmslos, daß der erledigte Erbtheil den dort benannten Miterben zuwachse; überhaupt läßt sich vor der Theilung der Verlassenschaft bei einem unbestimmt eingesetzten Erben eigentlich gar nicht von einem bestimmten Erbtheile sprechen. Jeder solche Erbe ist eigentlich zu dem ganzen Nachlasse berufen, und wird in seinem Anspruche nur durch die concurrirenden Ansprüche der Miterben beschränkt; fallen diese hinweg, so entfällt eben nur diese Beschränkung, es erwächst aber für ihn kein neues Recht, auf das er beliebig verzichten könnte, zumal die Erbschaft nicht bloß ein Inbegriff von Rechten, sondern auch von Verbindlichkeiten ist, der Zuwachs mithin sowohl die Vortheile, als auch die Lasten des erledigten Erbtheiles auf die Miterben überträgt [6]).

---

1) S. Dr. A. Th. Michel: Ueber die Verzichtleistung auf Erbrechte nach dem österr. a. b. G. B. in Haimerl's Magaz. Bd. 7, S. 285.

2) S. Michel, a. a. O. S. 286.

3) Zur Theorie der Verzichtleistung auf das Erbrecht; im Juristen Bd. 9, S. 410.

4) Wie wenn z. B. der Erblasser nicht mehr in der Lage wäre, seinen letzten Willen giltig umzuändern, und nichts destoweniger dem eingesetzten Erben seinen Nachlaß entziehen wollte. — Vgl. den Aufsatz von Dr. Y.: Einige Worte über die Verzichtleistung auf das Erbrecht nach den Bestimmungen des a. b. G. B. im Juristen Bd. 12, S. 51.

5) So in den §§. 879, 939, 1267, 1269, 1276.

6) S. Nippel, Erläut. Bd. 4, S. 75, und Michel, a. a. O. S. 287, gegen Winiwarter, bürg. Recht Bd. 3, S. 54.

4. Die Verzichtleistung kann als ein einseitiger Act, sie kann aber auch als ein Vertrag zwischen dem Verzichtleistenden und dem Erblasser zu Stande kommen. Nur in letzterem Falle ist sie für den Verzichtleistenden bindend.

5. Was die Form der in Frage stehenden Verzichtleistung anbelangt, so findet sich im Gesetze darüber durchaus keine besondere Anordnung; es ist also nicht abzusehen, warum sie wie Nippel (Erläut. Bd. 4, S. 57) behauptet, vor der Personalbehörde desjenigen sollte abgegeben werden müssen, auf dessen Nachlaß verzichtet wird; sie kann vielmehr gerichtlich oder außergerichtlich, schriftlich oder mündlich, mit oder ohne Zeugen, ausdrücklich oder stillschweigend erkärt werden (vgl. §§. 863 und 883).

6. Frägt es sich um die Wirkungen eines giltig geschehenen Verzichtes auf das Erbrecht, so ergibt sich zuvörderst, daß der Verzichtende dadurch des Rechtes auf die bestimmte Erbschaft verlustig wird (§§. 537 und 538)[1]. Da jedoch im Zweifel nicht zu vermuthen ist, daß jemand seine Rechte wolle fahren lassen (§§. 388 und 915), so darf eine beschränkte Entsagung nicht über die von dem entsagenden selbst gezogenen Gränzen ausgedehnt werden. Wer also z. B. auf den Pflichttheil Verzicht geleistet hat, kann noch immer einen ihm aus dem Testamente oder in Folge der gesetzlichen Erbfolge angefallenen Erbtheil erwerben; dagegen zieht die Verzichtleistung auf das gesetzliche Erbrecht, ohne Vorbehalt des Pflichttheils, auch den Verlust des letzteren nach sich, weil der §. 763 nur denjenigen für pflichttheilsberechtigt anerkennt, für welchen das Recht und die Ordnung der gesetzlichen Erbfolge spricht[2]. Geschah die Entsagung nur bedingnißweise, so wird sie auch nur dann wirksam, wenn die Bedingung in der Folge wirklich eingetreten ist, vorausgesetzt, daß sie nichts unmögliches oder unerlaubtes enthält (§§. 897 u. 699); im letzteren Falle wäre die Verzichtleistung selbst als ungiltig anzusehen (§. 898), da sie, wie Dr. Michel (a. a. O. S. 282) ganz richtig bemerkt, zu den Handlungen unter Lebenden gehört, und eigentlich in einem Vertrage besteht. Auch ein Vorbehalt kann dem Verzichte giltig beigesetzt werden, nur kömmt hierbei die Verfügung des §. 808 wohl zu erwägen, vermöge welcher der Intestaterbe, der zugleich in einem Testamente als Erbe eingesetzt wurde, nicht befugt erscheint, sich auf die gesetzliche Erbfolge zu berufen, um dadurch die Erklärung des letzten Willens zu vereiteln. Solche Personen müssen vielmehr die Erbschaft entweder aus dem letzten Willen antreten, oder ihr ganz entsagen, und nur, wenn ihnen ein Pflichttheil gebührte, können sie auf die Erbschaft mit Vorbehalt ihres Pflichttheiles verzichten. Erfolgt die Verzichtleistung zu Gunsten eines dritten, so liegt hierin eigentlich nur eine Bedingung, unter welcher allein der Verzichtende sein Erbrecht aufgeben zu wollen erklärt; tritt diese Bedingung nicht ein, so ist der entsagende, ungeachtet seiner früheren Erklärung, allerdings zu erben berechtigt. Hierbei muß jedoch vorausgesetzt werden, daß nicht etwa zwischen dem entsagenden Erben und demjenigen, zu dessen Gunsten die Entsagung lautet, ein Vertrag abgeschlossen wurde, denn ein solches Uebereinkommen ist nach §. 879 ungiltig, es mag entgeltlich oder unentgeltlich eingegangen werden[3].

7. Eine fernere Wirkung des Verzichtes besteht darin, daß der Erblasser dadurch der Verbindlichkeit enthoben wird, dem Verzichtleistenden jenen Erbtheil zu hinterlassen, welchen derselbe kraft eines giltigen Erbvertrages oder als Pflichttheil anzusprechen berechtiget wäre. Hinsichtlich der weiteren Folgen scheint aber bei einer

---

[1]) Er kann daher auch eine in Folge dieser Verzichtleistung getroffenen Verfügung des Erblassers nicht anfechten. S. die Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 12. März 1852, Z. 2139, in Nr. 36 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1853.

[2]) S. Michel, a. a. O. S. 299.

[3]) S. Michel, a. a. O. S. 295. — Ellinger (Handb. S. 220) hält eine solche Verzichtleistung für giltig, wenn sie unentgeltlich abgeschlossen wurde; allein weder der Wortlaut des §. 879, noch der Geist des Gesetzes spricht für diese Ansicht.

Verzichtleistung auf den Pflichttheil unterschieden werden zu müssen, ob ein einfacher Verzicht vorliegt, oder ob zwischen dem Verzichtenden und dem Erblasser ein förmlicher Vertrag abgeschlossen wurde. Im ersten Falle werden dadurch die Pflichttheile der übrigen Notherben vergrößert, weil der Verzichtende nach §. 767 bei der Ausmessung des Pflichttheiles so zu betrachten ist, als ob er gar nicht vorhanden wäre. Im letzteren Falle dürfte dagegen der Erblasser das Recht erlangen, über den erledigten Pflichttheil anderweitig zu verfügen, zumal die übrigen Notherben in ihren Ansprüchen hierdurch nicht im mindesten beeinträchtigt werden [1].

8. Endlich wirkt nach dem Schlußsatze des §. 551 die in Frage stehende Verzichtleistung auch auf die Nachkommen, d. i. weil das Gesetz nicht unterscheidet, auf alle näheren und entfernteren, ehelichen, sowie unehelichen, minderjährigen und großjährigen Abstämmlinge des Verzichtenden. Sie werden dadurch von jenem Nachlasse ausgeschlossen, welchen ihr Ascendent selbst, außer dem Falle der Verzichtleistung, geerbt haben würde, und der ihnen sonst eben als Nachkommen des Verzichtleistenden gebührt hätte, wenn dieser vor dem Erblasser verstorben wäre. Nur in dem letztgedachten Falle äußert auch die vorliegende Anordnung des §. 551 ihre eigentliche praktische Wirksamkeit [2]; denn hat der Verzichtende den Erblasser überlebt, so sind die Nachkommen des ersteren schon vermöge §. 732 von der gesetzlichen Erbfolge, und vermöge §. 763 von dem Pflichttheilsanspruche ausgeschlossen, ihr Ascendent mag seinem Erbrechte entsagt haben, oder nicht. Ist jedoch der Verzichtleistende vor dem Erblasser gestorben, so träte im allgemeinen für seine Nachkommen, zufolge des §. 731, das Recht und die Ordnung der gesetzlichen Erbfolge, und mithin nach §. 763 auch die Pflichttheilsberechtigung ein. Das Gesetz hat sie aber von beiden ausgeschlossen [3], denn gewöhnlich findet die Verzichtleistung auf das Erbrecht nur deshalb statt, weil der Verzichtende schon bei Lebzeiten des Erblassers auf anderem Wege, z. B. durch die Ausstattung beim Antritte eines Amtes oder Gewerbes, durch das Heiratsgut, durch Bezahlung von Schulden u. s. w. befriedigt worden ist, und diese Vortheile, gegen welche die noch unsichere Erbschaft aufgegeben wurde, auch den Descendenten wenigstens mittelbar zu gute gekommen sind [4]. Die Verzichtleistung ist als eine Art Vermögensgebarung anzusehen, welcher sich, wenn sie von einem Elterntheile ausgegangen ist, die Abstämmlinge desselben fügen müssen [5].

9. So gewiß nun die Abstämmlinge einerseits des Erbrechtes verlustig werden, welches ihnen als solchen, abgesehen von der in Mitte liegenden Verzichtleistung, zukommen würde, ebenso gewiß kann man ihnen anderseits jene Rechte nicht absprechen, welche ihnen nicht in der Eigenschaft als Nachkommen des Verzichtenden gebühren. Im Einklange hiermit verfügt auch der §. 642, daß ein Fideicommißbesitzer zwar für sich, jedoch keineswegs für die, wenngleich noch nicht vorhandene Nachkommenschaft auf sein Recht Verzicht thun könne. Ingleichen dürfte solchen Descendenten auch dasjenige zuzuerkennen sein, was sie nicht

---

[1]) Wir können daher die Ansicht des ungenannten Verfassers im Juristen Bd. 12, S. 59 nicht theilen, welcher es höchst sonderbar und für die übrigen Pflichttheilsnehmer höchst beschwerlich findet, wenn dem Erblasser durch einen derlei Vertrag das Verfügungsrecht auch über einen Theil des Pflichttheiles selbst eingeräumt würde. Er erlangt ja dadurch ein Dispositions-Befugniß nur über jenen Theil, auf welchen sie ohnehin keinen Anspruch gehabt hätten, sondern nur der Verzichtende selbst.

[2]) S. Michel, a. a. O. S. 303 und Dr. L. Grünberg: Ein Wort über den Sinn und die Zielweite des §. 551 des a. b. G. B. (Jurist Bd. 12, S. 353).

[3]) Winiwarter (bürg. Recht Bd. 3, S. 335) behauptet, daß die Verzichtleistung eines Ascendenten nur auf die gesetzliche Erbfolge, im engeren Sinne, nicht auch auf den Pflichttheilsanspruch seiner Nachkommen wirke, und in diesem Sinne wurde auch der in der allg. österr. Ger. Ztg. (1854, Nr. 22) dargestellte Rechtsfall von dem k. k. nied. österr. Oberlandesgerichte unter dem 2. October 1850, Z. 4347, entschieden. Wir können dieser Meinung bei dem allgemeinen Wortlaute des §. 551 und des §. 767 nicht beipflichten, und werden bei der Erläuterung des letztgenannten §. noch ausführlicher auf diese Frage zurückkommen. S. auch die Entschdg. des obersten Gerichtshofes v. 3. Jänner 1856, Z. 10927, in Nr. 21 der Ger. Halle v. J. 1857 und in Glaser's und Unger's Sammlg. Nr. 151, und Unger, Erbrecht S. 131, Anmrkg. 11.

[4]) S. Michel, a. a. O. S. 304.

[5]) S. Perthaler, a. a. O. S. 430.

als Erben, sondern in anderem Wege beanspruchen, z. B. der mangelnde, nothwendige (§. 795) oder anständige Unterhalt (§. 796)[1]).

10. Die Verzichtleistung auf das Erbrecht muß, wenn sie in einer einseitigen Erklärung besteht, als widerruflich angesehen werden, so lange niemand anderer bereits ein Recht daraus erworben hat; der Widerruf muß aber jedenfalls vor dem Tode des Erblassers erfolgen, denn in dem Augenblicke desselben ist der Verzichtende, wenn er seine Verzichtleistung noch nicht widerrufen hat, nach §. 538 zu erben unfähig, und der Nachlaß fällt daher anderen Personen zu (z. B. den Testaments- oder Intestat-Erben), denen er in der Folge nicht mehr durch einen einseitigen Willensact des Verzichtleistenden entzogen werden kann[2]). Daß eine vertragsmäßige Verzichtleistung nicht einseitig widerufen werden könne, liegt in der Natur des Vertrages.

11. Was bisher von der Verzichtleistung auf das Erbrecht bemerkt wurde, muß auch von dem Verzichte auf ein Vermächtniß gelten[3]).

Neuntes Hauptstück.

Von der Erklärung des letzten Willens überhaupt und den Testamenten insbesondere.

§. 552.

Erklärung des letzten Willens.

Die Anordnung, wodurch ein Erblasser sein Vermögen, oder einen Theil desselben Einer oder mehreren Personen widerruflich auf den Todesfall überläßt, heißt eine Erklärung des letzten Willens.

1. Das Gesetz gestattet in der Regel jedermann, durch seinen in der gehörigen Weise ausgesprochenen Willen über seinen Nachlaß zu verfügen. Dieß kann wohl in den seltensten Fällen gerade in dem Augenblicke des Todes geschehen, sondern meistens wird der Wille, der als letzter gelten soll, längere oder kürzere Zeit vor dem Eintritte des Ablebens ausgesprochen, wobei aber anzunehmen ist, daß der Erblasser, da er seine frühere Erklärung nicht abänderte, auch noch im Momente des Todes damit einverstanden war, daß sie also wirklich seinen letzten Willen enthalte; daher die Ausdrücke: „Erklärung des letzten Willens", letztwillige Anordnung", „letzter Wille" u. dgl.[4]).

2. Die letztwillige Anordnung im Sinne unseres b. G. B. muß eine Verfügung über das Vermögen des Erblassers enthalten, sei es über das Ganze, sei es über einen Theil desselben, mag dieser letztere in Beziehung auf das Ganze bestimmt sein (§. 532) oder nicht (§. 535). Anderweitige Verfügungen, wie z. B. sittliche Ermahnungen, Familiennachrichten, biographische Beiträge, ja selbst die Ernennung eines Vormundes (vgl. Bd. I, S. 314 d. W.) sind daher in Ansehung ihrer Giltigkeit nicht nach den in den folgenden §§. dieses Hauptstückes aufgestellten Grundsätzen, sondern nach den Bestimmungen über Willenserklärungen im allgemeinen zu beurtheilen.

3. Zum Wesen der letzten Willenserklärung gehört ferner, daß die darin getroffene Anordnung frühestens mit dem Tode des Erblassers in Wirksamkeit treten

---

[1]) S. Michel, a. a. O. S. 301.

[2]) S. Michel, a. a. O. S. 297. — Anderer Meinung ist Unger, Erbrecht S. 129, Anmrkg. 6, der überhaupt der Ansicht huldigt, daß der Erbverzicht nur durch einen mit dem Erblasser abgeschlossenen Vertrag zu Stande kommen kann.

[3]) Vgl. die Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 5. Mai 1857, Z. 2963, in Nr. 102 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1858 und in Glaser's und Unger's Sammlg. Nr. 335.

[4]) Vgl. Savigny, Sistem Bd. 8, S. 447.

solle; deßhalb ist z. B. eine abdicatio bonorum, welche jemand vor dem Eintritte in einen geistlichen Orden vornimmt, nicht als eine letztwillige Anordnung zu betrachten.

4. Diese ist ferner ihrem Begriffe nach eine einseitige Willenserklärung. Wird ein zweiseitiger Act vorausgesetzt, so entsteht eine Schenkung auf den Todesfall (§. 954), oder ein Erbvertrag (§. 1249), welche wohl auch zu den letztwilligen Anordnungen im weiteren Sinne gerechnet werden.

5. Endlich gehört auch zum Wesen der Erklärung des letzten Willens im engeren Sinne, daß sie widerruflich sei, wie schon aus dem unter Z. 1 bemerkten hervorgeht.

§. 553.

Erfordernisse: 1. Innere Form.

Wird in einer letzten Anordnung ein Erbe eingesetzt, so heißt sie Testament; enthält sie aber nur andere Verfügungen, so heißt sie Codicill.

1. Die Eintheilung der letztwilligen Anordnungen in Testamente und Codicille ist dem römischen Rechte entnommen. Nach diesem verstand man unter einem Testamente jene Verfügung, wodurch sich jemand auf den Todesfall einen directen Erben ernannte, und die Einsetzung eines solchen konnte nur in einem Testamente erfolgen; dagegen wurden unter dem Ausdrucke „Codicille" alle anderweitigen Anordnungen auf den Todesfall begriffen, welche nicht die Einsetzung eines directen Erben enthielten. Diese Bestimmungen sind denn auch in unser b. G. B. übergegangen, nur sind sie gegenwärtig von geringerer praktischer Wichtigkeit, da die Form der Codicille von jener der Testamente nicht mehr abweicht, und auch die persönliche Fähigkeit in Ansehung beider auf denselben Grundlagen beruht. Ein erheblicher Unterschied zeigt sich nur in Bezug auf die Anordnung der §§. 713 und 714, indem ein früheres Testament durch ein späteres in der Regel gänzlich aufgehoben wird, während mehrere Codicille neben einander bestehen können.

2. Die Benennung, welche der Erblasser seinem Aufsatze gegeben hat, ist auch hier, wie bei der Erbseinsetzung oder der Hinterlassung eines Vermächtnisses (s. S. 139 d. W.) nicht entscheidend, sondern es kömmt auf den Inhalt desselben zu sehen.

3. Ein Codicill kann übrigens neben einem Testamente oder ohne ein solches errichtet werden, und im ersten Falle wieder entweder zugleich mit dem Testamente oder vor, oder nach demselben, da selbst ein späteres Testament ein früheres Codicill nur insofern aufzuheben scheint, als es mit demselben im Widerspruche steht.

§. 554.

Zutheilung der Erbschaft:
a) wenn nur Ein Erbe [eingesetzt ist];

Hat der Erblasser einen einzigen Erben, ohne ihn auf einen Theil der Verlassenschaft zu beschränken, unbestimmt eingesetzt; so erhält er den ganzen Nachlaß. Ist aber dem einzigen Erben nur ein in Beziehung auf das Ganze bestimmter Erbtheil ausgemessen worden; so fallen die übrigen Theile den gesetzlichen Erben zu.

1. Der vorstehende §., sowie die nachfolgenden §§. 555—563 beschäftigen sich mit der „Zutheilung der Erbschaft", das ist mit der Ausmittlung der Antheile, welche den Erben gebühren [1]). Als leitendes Princip gilt hier die Bestimmung des §. 556, daß der Wille des Erblassers auf das möglichste erfüllt werde, wobei auch der im römischen Rechte enthaltene Grundsatz: nemo ex parte testatus et ex parte intestatus decedere potest, wie schon oben (S. 138 d. W.) bemerkt wurde, keine Anwendung findet. Ist also einem einzigen Erben nur ein in Beziehung auf

---

[1]) S. Karmin: Ueber die Vertheilung der Erbschaft unter die eingesetzten Erben und das Zuwachsrecht nach dem a. b. G. B. (Haimerl's Mag. Bd. 15, S. 274).

das Ganze bestimmter Erbtheil, z. B. die Hälfte, ein Viertheil des Nachlasses, ausgemessen worden, so erhält er nicht, wie nach römischem Rechte, den ganzen Nachlaß, sondern nur den ihm zugewiesenen Theil, und die übrigen Theile (z. B. die andere Hälfte, oder drei Viertheile), welche der Erblasser niemanden insbesondere zugedacht hat, fallen den gesetzlichen Erben zu (§. 728). Gehört unter diese auch der eingesetzte Erbe, so erlangt er auch als solcher (z. B. als Bruder des Erblassers) den ihm gebührenden Antheil, und es ist nicht anzunehmen, daß die Berufung als testamentarischer Erbe zugleich eine Ausschließung von der Intestaterbfolge enthalte, zumal auch der Schlußsatz des §. 554 ganz allgemein lautet[1]).

2. Nippel wirft hier (Erläut. Bd. 4, S. 63) die Frage auf, was dann Rechtens wäre, wenn der Erblasser den Erben nur zu einem Theile der Verlassenschaft eingesetzt hätte, ohne jedoch diesen Theil genau zu bestimmen; wie wenn z. B. im Testamente stünde: A soll den . . . . Theil meiner Verlassenschaft als Erbe bekommen, wo zur nachträglichen Bestimmung dieses Theiles ein Raum offen gelassen wurde. Der Verfasser meint, daß hier zwischen dem Testaments- und zwischen den Intestaterben eine Gemeinschaft eintrete (§. 825), und daher die eine Hälfte dem Testamentserben, die andere den gesetzlichen Erben zufalle (§. 839). Uns scheint dagegen eine solche Erbseinsetzung, da sie der nöthigen Bestimmtheit ermangelt, völlig ungiltig zu sein (vgl. §§. 565 und 570).

3. Ist jemanden nicht ein in Beziehung auf das Ganze bestimmter Erbtheil, sondern eine einzelne Sache u. dgl. zugedacht, so ist er nach §. 535 nicht als Erbe, sondern nur als Vermächtnißnehmer anzusehen, wenn ihn der Erblasser auch irrig mit dem Namen „Erbe" bezeichnet hätte (s. oben S. 139), und er erlangt daher jedenfalls nur das ihm hinterlassene Vermächtniß.

4. Hat der Erblasser jemanden zum Universalerben eingesetzt, aber eine bestimmte Sache (z. B. sein Haus) ausgenommen, so ist, wenn die fragliche Sache nicht einer bestimmten Person zugedacht wurde, ein stillschweigendes Vermächtniß zu Gunsten der gesetzlichen Erben (§. 728) vorhanden[2]).

§. 555.

[Zutheilung der Erbschaft] b) wenn mehrere [Erben] ohne Theilung [eingesetzt sind];

Sind ohne Vorschrift einer Theilung mehrere Erben eingesetzt worden, so theilen sie zu gleichen Theilen.

1. Die Anordnung dieses §. ist dem Sprachgebrauche und der analogen Vorschrift des §. 839 vollkommen angemessen. Es ist hierbei gleichgiltig, ob die mehreren Erben in einem Satze (conjunctim) oder in mehreren Sätzen (disjunctim) berufen sind, ob es also in dem Testamente heißt: A, B, C sollen meine Erben sein, oder A soll mein Erbe sein, B und C sollen auch meine Erben sein u. dgl. Die Erbschaft wird jedenfalls in drei gleiche Theile getheilt, d. i. in ebenso viele Theile, als Erben eingesetzt sind. Eine Ausnahme würde nur dann Platz greifen, wenn nach der Anordnung des §. 559 mehrere eingesetzte Erben als eine Person angesehen werden müßten. Der Willkür eines dritten kann die Bestimmung der Erbtheile nach der Analogie des §. 564 nicht überlassen werden[3]).

2. Wäre eine Leibesfrucht unter den eingesetzten Erben, so könnte vor erfolgter Geburt zu keiner Theilung geschritten werden, weil sich die Antheile nicht bestimmen ließen, und weil, wenn das Kind todt zur Welt käme, bei der Vertheilung des Nachlasses gar nicht auf dasselbe Rücksicht zu nehmen wäre (§. 22).

3. Hat der Erblasser alle Erben in dem allgemeinen Ausdrucke einer gleichen Theilung (vgl. §. 560) zur Erbschaft berufen, so wird der Nachlaß ebenfalls nach

---

[1]) Wir können daher jenen Unterscheidungen nicht beipflichten, welche Nippel (Erläut. Bd. 4, S. 64) zu machen für nöthig erachtet.
[2]) S. Unger, Erbrecht S. 64, Anmrkg. 1.
[3]) S. Unger, Erbrecht S. 64, Anmrkg. 4.

Köpfen unter sie vertheilt, und es dürfte hier nicht einmal die ausnahmsweise Verfügung des §. 559 zur Anwendung kommen[1]).

§. 556.

[Zutheilung der Erbschaft] c) wenn alle [Erben] in bestimmten Theilen [eingesetzt sind].

Sind mehrere Erben und zwar alle in bestimmten Erbtheilen, die aber das Ganze nicht erschöpfen, eingesetzt worden, so fallen die übrigen Theile den gesetzlichen Erben zu. Hat aber der Erblasser die Erben zum ganzen Nachlasse berufen, so haben die gesetzlichen Erben keinen Anspruch, obschon er in der Berechnung der Beträge, oder in der Aufzählung der Erbstücke etwas übergangen hätte.

1. Hat der Erblasser mehrere Erben, und zwar alle in bestimmten Erbtheilen eingesetzt, so können diese entweder das Ganze erschöpfen, oder sie können weniger oder mehr als dieses betragen. Im ersten Falle tritt weiter keine Schwierigkeit ein, sondern jeder eingesetzte Erbe erhält den ihm zugewiesenen Antheil.

2. Erschöpfen aber diese Antheile nicht den ganzen Nachlaß, so fällt das übrig bleibende nach der Regel des §. 728 an die gesetzlichen Erben, da nach österreichischem Rechte, wie schon mehrmals bemerkt wurde, das testamentarische und das gesetzliche Erbrecht allerdings nebeneinander bestehen können (§. 534). Eine Ausnahme greift jedoch Platz, wenn der Erblasser seine Testamentserben zum ganzen Nachlasse berufen, wenn er sie als ausschließende (Allein-, Universal-) Erben benannt, oder seine gesetzlichen Erben ausdrücklich und deutlich von der Erbschaft ausgeschlossen hat[2]). In diesem Falle haben die gesetzlichen Erben keinen Anspruch auf den Ueberrest der Verlassenschaft, welcher vielmehr den Testamentserben zugewiesen werden muß, und zwar nicht zu gleichen Theilen, sondern nach Verhältniß der ihnen vom Erblasser bestimmten Antheile (§. 558). Die Berechnung geschieht hier am einfachsten dadurch, das vorläufig das unmittelbare Verhältniß der vom Erblasser angeordneten Erbtheile zur ganzen Verlassenschaft in Bruchtheilen der letzteren bestimmt wird, sofort diese Brüche, wenn sie nicht schon gleichnamig sind, unter gleiche Benennung gebracht, und dann die Zähler derselben addirt werden; der Gesammtbetrag dieser Zähler gibt sohin den eigentlichen Nenner, und die einzelnen Zähler sind die eigentlichen Zähler der gesuchten Verlassenschaftsbruchtheile[3]). Wäre z. B. A zur Hälfte und B zu einem Viertheile des Nachlasses berufen worden, so sind die Antheile des A mit $^{1}/_{2}$, des B mit $^{1}/_{4}$ anzusetzen, sohin auf gleiche Benennung zu bringen, wornach der Antheil des A mit $^{2}/_{4}$, jener des B mit $^{1}/_{4}$ sich darstellt; die Summe der Zähler: 3 gibt sohin den eigentlichen Maßstab für die Vertheilung ab, so daß A $^{2}/_{3}$ und B $^{1}/_{3}$ erhält, womit der Nachlaß erschöpft ist[4]). Hätte der Erblasser in diesem Falle seinen Erben keine aliquoten Theile, sondern bloß einzelne Sachen (z. B. dem A ein Haus, dem B ein Capital) zugewiesen, so wären diese bloß als Vorausvermächtnisse (§. 648) anzusehen und das übrige Verlassenschaftsvermögen unter sie zufolge §. 555 in gleiche Theile zu theilen, da der Erblasser die Theilung zwischen ihnen nur in Betreff jener Vorausvermächtnisse, nicht auch in Betreff des nach Abschlag derselben erübrigenden Erbvermögens vorgeschrieben hat[5]).

3. Ist dagegen der Nachlaß überschwert worden, so daß die vom Erblasser bestimmten Antheile nicht vollständig ausgemessen werden können, so muß sich jeder Erbe einen verhältnißmäßigen Abzug gefallen lassen (vgl. §. 558). Auch hier

---

[1]) Unger (Erbrecht S. 66, Anmrkg. 9) will dieß nicht im allgemeinen gelten lassen.

[2]) S. Härdtl (K. Th.): Ueber die Berechnung der Erbtheile unter Testamentserben nach §§. 556—558 des b. G. B. Wien, 1838, S. 135.

[3]) S. Härdtl, a. a. O. S. 143.

[4]) Zu dem gleichen Resultate gelangt man, wenn man annimmt, daß das im obigen Beispiele übrig bleibende Viertheil unter A und B nach Verhältniß ihrer Erbtheile, d. i. wie 2 : 1 zu vertheilen sei, wornach A davon $^{2}/_{3}$ (d. i. $^{2}/_{12}$ des ganzen Nachlasses) und B $^{1}/_{3}$ ($^{1}/_{12}$ des ganzen Nachlasses) erhält. Es bekömmt somit A $^{6}/_{12} + ^{2}/_{12} = ^{8}/_{12}$ oder $^{2}/_{3}$ wie oben und B $^{3}/_{12} + ^{1}/_{12} = ^{4}/_{12}$, d. i. $^{1}/_{3}$ wie oben.

[5]) S. Nippel, Erläut. Bd. 4, S. 69. — Winiwarter, bürg. Recht Bd. 3, S. 50. — Härdtl, a. a. O. S. 136.

kann die Berechnung auf die oben (Z. 2) angedeutete Weise gemacht werden. Hätte z. B. der Erblasser dem A die Hälfte, dem B ein Drittheil und dem C ein Viertheil der Erbschaft zugewiesen, so sind die Erbtheile derselben mit $^{1}/_{2}$, $^{1}/_{3}$, $^{1}/_{4}$ oder $^{6}/_{12}$, $^{4}/_{12}$ und $^{3}/_{12}$ anzusetzen: die Summe der Zähler gibt hier 13, und es ist demnach der Nachlaß in 13 Theile zu theilen, von denen A 6, B 4 und C 3 Theile erhält, wodurch die ganze Verlassenschaft erschöpft wird [1]).

§. 557.

[Zutheilung der Erbschaft] d) wenn einige mit Theilen, andere ohne Theile eingesetzt sind.

Wird unter mehreren eingesetzten Erben einigen ein bestimmter Theil (z. B. ein Drittheil, ein Sechstheil), anderen aber nichts Bestimmtes ausgemessen; so erhalten diese den übrigen Nachlaß zu gleichen Theilen.

§. 558.

Bleibt nichts übrig, so muß von sämmtlichen bestimmten Theilen für den unbestimmt eingesetzten Erben verhältnißmäßig so viel abgezogen werden, daß er einen gleichen Antheil mit demjenigen erhalte, der am geringsten bedacht worden ist. Sind die Theile der Erben gleich groß, so haben sie an den unbestimmt eingesetzten Erben so viel abzugeben, daß er einen gleichen Antheil mit ihnen empfange. In allen anderen Fällen, wo ein Erblasser sich verrechnet hat, ist die Theilung auf eine Art vorzunehmen, wodurch der Wille des Erblassers nach den über das Ganze erklärten Verhältnissen auf das möglichste erfüllt wird.

1. Hat der Erblasser unter mehreren eingesetzten Erben einem oder einigen einen bestimmten Theil, andern aber nichts bestimmtes ausgemessen, so erhalten die letzteren den übrigen Nachlaß, und zwar wenn deren mehrere sind, zu gleichen Theilen (§§. 555 und 557). Wären z. B. A, B, C und D zu Erben ernannt, und A zu $^{1}/_{2}$, B zu $^{1}/_{3}$ berufen, so fällt das übrig bleibende $^{1}/_{6}$ an C und D, und zwar an jeden $^{1}/_{12}$, wornach A $^{6}/_{12}$, B $^{4}/_{12}$, C $^{1}/_{12}$ und D $^{1}/_{12}$ erhält.

2. Bleibt nach Ausmessung der vom Erblasser bestimmten Theile für den oder die unbestimmt eingesetzten Erben nichts übrig, so nimmt das Gesetz an, daß sich der Erblasser bloß in der Berechnung der Theile geirrt habe. Es müssen sich also die zu bestimmten Theilen eingesetzten Erben verhältnißmäßig so viel abziehen lassen, daß auch der unbestimmt eingesetzte Erbe, oder die mehreren ohne Nennung eines Antheiles berufenen Erben etwas erhalten; und zwar kömmt hierbei weiter zu unterscheiden: a) Sind nämlich die bestimmt ausgemessenen Antheile der Erben alle gleich groß, so haben auch die unbestimmt eingesetzten mit ihnen einen gleichen Antheil zu empfangen; b) sind aber die Antheile der bestimmt eingesetzten Erben verschieden ausgemessen, so gebührt dem oder den unbestimmt eingesetzten nur ein gleicher Antheil mit demjenigen, der am geringsten bedacht worden. Auch hier kann die Berechnung nach der oben aufgestellten Regel vorgenommen werden; nur sind dabei vorläufig den unbestimmt eingesetzten Erben diejenigen Bruchtheile zuzuschreiben, welche ihnen nach der eben erörterten Vorschrift des Gesetzes gebühren [2]). Wäre also im obigen Beispiele den Erben A und B je die Hälfte des Nachlasses zugewiesen, so kämen auch die Antheile des C und D je mit $^{1}/_{2}$ anzusetzen; so daß A $^{1}/_{2}$, B $^{1}/_{2}$, C $^{1}/_{2}$ und D $^{1}/_{2}$ zugeschrieben erhält, der Nachlaß daher nach der Summe der Zähler (4) in vier gleiche Theile getheilt wird. Hätte dagegen A $^{2}/_{3}$ und B $^{1}/_{3}$ zugewiesen erhalten, so ist auch der Antheil des C mit $^{1}/_{3}$ und jener des D ebenfalls mit $^{1}/_{3}$ (d. i. gleich groß mit dem am geringsten Bedachten B) anzusetzen, wornach sich 5 als Summe der Zähler ergibt, und somit A $^{2}/_{5}$, B $^{1}/_{5}$, C $^{1}/_{5}$ und D $^{1}/_{5}$ erhält.

---

[1]) S. Härdtl, a. a. O. S. 144. — Zu dem gleichen Resultate gelangt man nach der von Nippel (Erläut. Bd. 4, S. 69) aufgestellten Berechnungsart. Hier muß sich, da der Erblasser im obigen Beispiele um $^{1}/_{12}$ zu viel vertheilt hat, jeder Erbe einen entsprechenden Abzug gefallen lassen, und zwar nach dem Verhältnisse von 6 : 4 : 3; es kommen also dem A $^{6}/_{156}$, dem B $^{4}/_{156}$ und dem C $^{3}/_{156}$ abzuziehen, so daß dem A $^{72}/_{156}$, dem B $^{48}/_{156}$ und dem C $^{36}/_{156}$ bleiben, diese Brüche sind aber gleich den obigen $^{6}/_{13}$, $^{4}/_{13}$ und $^{3}/_{13}$.

[2]) S. Härdtl, a. a. O. S. 145.

3. Wäre die Erbschaftsmasse schon durch die Antheile der bestimmt eingesetzten Erben überladen, so käme in gleicher Weise vorzugehen. Hätten also A $^1/_2$, B $^1/_3$, C $^1/_4$ des Nachlasses zugewiesen erhalten, so ist dem unbestimmt Eingesetzten D ebenfalls $^1/_4$ zuzuschreiben, die Brüche sind dann auf gleiche Benennung zu bringen ($^6/_{12}$, $^4/_{12}$, $^3/_{12}$, $^3/_{12}$) und die Vertheilung ist nach der Summe der Zähler (16) vorzunehmen, so daß A $^6/_{16}$, B $^4/_{16}$, C $^3/_{16}$ und D $^3/_{16}$ empfängt.

4. Der Schlußsatz des §. 558 stellt eine allgemeine Regel auf, welche mit dem Principe unseres Gesetzbuches in Bezug auf die testamentarische Erbfolge: „den Willen des Erblassers, insoweit er nichts gesetzwidriges enthält, möglichst zu erfüllen," im vollen Einklange steht. Häufig werden hierbei auch nach §. 582 die vom Erblasser angezeigten schriftlichen Bemerkungen zur Erläuterung seines Willens angewendet werden können.

§. 559.

Welche Erben als Eine Person betrachtet werden.

Treffen unter den eingesetzten Erben solche Personen zusammen, wovon einige bei der gesetzlichen Erbfolge gegen die übrigen als Eine Person angesehen werden müssen (z. B. die Bruderskinder gegen den Bruder des Erblassers): so werden sie auch bei der Theilung aus dem Testamente nur als Eine Person betrachtet. Ein Körper, eine Gemeinde, eine Versammlung (z. B. die Armen) werden immer nur für eine Person gerechnet.

1. Das Gesetz stellt hier weitere Vermuthungen über die Art und Weise der Vertheilung eines Nachlasses auf, welchen aber der Erblasser durch bestimmte Erklärungen allerdings entgegentreten kann.

2. Hierher gehört zuvörderst, daß eine sog. juristische Person (ein Körper, eine Gemeinde) eben nur für eine Person gerechnet werde, da die einzelnen Mitglieder, in welchen sie ihre sichtbare Existenz erhält, dabei nicht in Betrachtung kommen (s. Bd. I, S. 74 d. W.).

3. Das gleiche ist der Fall bei einem Inbegriffe von Personen, welche gerade nicht als eine juristische Person anzusehen sind, weil ihnen das Merkmal der Vereinigung zu einem bestimmten Zwecke mangelt; z. B. die Armen[1]). Hätte der Erblasser diese nicht näher bezeichnet, so käme wohl im Wege der Analogie das Hfd. vom 3. Juni 1846, Nr. 964 der J. G. S., anzuwenden, zufolge dessen Vermächtnisse für Arme in dem gedachten Falle jederzeit dem Local-Armenfonde des Erblassers zuzuwenden sind, der Verstorbene möge der Civil- oder Militärgerichtsbarkeit angehört haben, wobei nur die politische Behörde dafür zu sorgen hat, daß bei der Betheilung der Localarmen auf die dürftigen Militärparteien die nämlichen Betheilungsmaximen, wie auf die dürftigen Civilparteien in Anwendung gebracht werden. Weiters kömmt hier auch noch das Hfkzld. vom 17. September 1812, Nr. 1006 der J. G. S., in Hinsicht der Verwendung der Verlassenschaft, wenn der Erblasser seine Seele ohne nähere Bestimmung zum Erben eingesetzt, zu erwähnen. Hat in diesem Falle der Erblasser seinen Willen ausdrücklich zu erkennen gegeben, daß sein Vermögen zur Lesung heiliger Messen verwendet werden soll, so ist diesem Willen des Erblassers pünktlich nachzuleben; in den seltenen Fällen aber, wo von Messen keine ausdrückliche Erwähnung geschieht, können zwei Drittheile einer solchen Universal-Erbschaft dem Local-Armeninstitute gegen die Bedingung zu Theil werden, daß die damit betheiligten Armen für dergleichen Verstorbene zu beten haben.

4. Hat der Erblasser ohne nähere Bestimmung seine Verwandten eingesetzt, so würden nach der Analogie des §. 682 diejenigen, welche nach der gesetzlichen Erbfolge die nächsten sind, zu seinem Nachlasse berufen erscheinen, und die Verthei-

---

[1]) Das Gesetz bezeichnet sie minder glücklich als eine „Versammlung," welcher Ausdruck doch wenigstens auf eine locale Vereinigung hindeutet, die bei den Armen nicht immer Platz greift.

lung unter sie eben auch nach den Regeln der Intestaterbfolge vorzunehmen sein [1]). Dieß müßte in Folge einer weiteren Analogie auch dann geschehen, wenn ein kinderloser Erblasser von unehelicher Geburt ohne nähere Bestimmung seine Verwandten zu Erben eingesetzt hat, wiewohl diese Verwandten gar kein gesetzliches Erbrecht in Anspruch nehmen können [2]).

5. Sind von dem Erblasser gewisse Classen von Verwandten, z. B. die Brüder oder die Enkel einer bestimmten Person zu Erben eingesetzt worden, so dürften darunter auch die unehelichen Verwandten dieser Classe zu verstehen sein, da der Begriff der Verwandtschaft keineswegs wie jener der Schwägerschaft auf die Verbindung durch eheliche Geburt eingeschränkt ist (§§. 65, 756 und 763), und daher, wenn der gesetzmäßig erklärte Wille des Erblassers keinen Unterschied macht, auch niemand anderer einen solchen zu machen befugt ist; da ferner auch der §. 165 des b. G. B. die unehelichen Kinder wohl von jenen Rechten der Verwandtschaft ausschließt, welche ihre Quelle unmittelbar in der Anordnung des Gesetzes haben, keineswegs aber von denjenigen Ansprüchen, welche für sie aus der Erklärung eines letzten Willens entspringen [3]).

6. Treffen unter den vom Erblasser eingesetzten Verwandten desselben solche Personen zusammen, wovon einige bei der gesetzlichen Erbfolge gegen die übrigen als Eine Person angesehen werden, so vermuthet der Gesetzgeber, daß auch der Erblasser diesen Umstand berücksichtiget habe; sie werden daher auch bei der Theilung aus dem Testamente nur als Eine Person betrachtet. Hat also der Erblasser z. B. seinen Bruder A und die Kinder seines bereits verstorbenen Bruders B (C und D) zu Erben eingesetzt, so theilen sie den Nachlaß nicht nach Köpfen (§. 555) in drei gleiche Theile, sondern nach Stämmen, zuvörderst in zwei Theile, deren einen der Bruder A, und deren andern der Stamm des Bruders B erhält, so daß hiervon wieder auf den C und D zwei gleiche Theile (d. i. auf jeden ein Viertheil) entfallen; da bei der gesetzlichen Erbfolge die Bruderskinder gegenüber dem Bruder des Verstorbenen nur als Eine Person angesehen werden, und nur denjenigen Theil erlangen, welcher dem verstorbenen Bruder gebührt hätte (§§. 736 und 732—734). Hierbei ist es, da das Gesetz nicht unterscheidet, gleichgiltig, ob die in Frage stehenden Personen allein, oder zugleich mit andern, nicht in gleichem Verhältnisse stehenden berufen sind, wie wenn im obigen Falle außer dem Bruder A, und den Brüderskindern C und D auch noch ein Freund des Verstorbenen zum Erben eingesetzt wäre; ferner ob die Verwandten mit ihren Namen, oder durch ihren Verwandtschaftsgrad

---

[1]) S. die Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 1. März 1859, Z. 1737, in Nr. 22 der Ger. Halle v. J. 1860 und Nr. 741 in Glaser's und Unger's Smmlg. Der Testator hatte seinen Vater zur Hälfte und seine übrigen nächsten Verwandten zur andern Hälfte seines Nachlasses zu Erben eingesetzt. Die nächsten Verwandten waren die Tochter einer Schwester, der Mutter des Erblassers und die Repräsentanten dreier Schwestern des Vaters des Erblassers. Der oberste Gerichtshof vertheilte die den nächsten Verwandten zufallende Hälfte nicht zu gleichen Theilen, sondern nach Stämmen.

[2]) S. den von Dr. J. Stieger (im Juristen Bd. 18, S. 248) dargestellten Rechtsfall. Clara * hatte außer der Ehe zwei Söhne, Franz und Mathias, als deren unehelicher Vater Benedict * in das Geburtsbuch eingetragen war; späterhin verheirathete sie sich und gebar zwei Töchter, Maria und Anna, von denen die letztere wieder zwei Kinder hatte, Urban und Johanna. Franz, dessen Eltern bereits verstorben waren, verfügte nun nach Anordnung mehrerer Legate, daß sein übriges Vermögen gesetzmäßig unter seine Verwandten vertheilt werden solle, und starb bald darauf kinderlos im ledigen Stande. Obwohl nun die obgenannten unehelichen Verwandten desselben kein gesetzliches Erbrecht haben, so dürfte doch der Nachlaß dergestalt unter sie zu vertheilen sein, als ob sie eheliche, mit dem Erbrechte ausgestattete Verwandte des Testators wären. Mathias würde daher als halbbürtiger Bruder die eine Hälfte des Nachlasses allein und von der andern Hälfte ein Drittheil, die halbbürtige Schwester Maria auch ein Drittheil dieser zweiten Hälfte (also $^1/_6$ des ganzen Nachlasses), und der Stamm der vorverstorbenen halbbürtigen Schwester Anna das letzte Drittheil der gedachten Hälfte erlangen, welches unter die beiden Geschwister Urban und Johanna zu gleichen Theilen zu vertheilen käme, so daß jedes $^1/_{12}$ erhielte (vgl. §§. 736 und 732—734).

[3]) S. den von J. Freudenreich dargestellten Rechtsfall (im Juristen Bd. 18, S. 129). Die am 3. April 1831 verstorbene A hatte in ihrem Testamente die Enkel ihrer beiden Geschwister B und C als Erben ihres Nachlasses eingesetzt, weßwegen D, minderjähriger Enkel der C, aus dem Titel dieser Erbseinsetzung sich durch seinen Vater E, welcher ein Sohn der C war, zum Nachlasse der A bedingt erbserklärte. Gegen diese Erbserklärung protestirten die übrigen Enkel der C, indem sie die Erbfähigkeit des außer der Ehe erzeugten, erst am 17. December 1831 gebornen und durch die am 25. Juli 1831 erfolgte Ehe seiner Eltern legitimirten D bestritten. Der auf den Rechtsweg gewiesene Vater des D trat klagbar auf, und wurde in erster und zweiter Instanz mit seinem Klagebegehren abgewiesen. Der oberste Gerichtshof änderte jedoch im außerordentlichen Revisionszuge die beiden unterrichterlichen Urtheile dahin ab, daß dem Begehren des Klägers stattgegeben wurde.

bezeichnet worden sind; endlich, ob sie in dem Falle, als die letztwillige Anordnung nicht getroffen wäre, wirklich ab intestato in das Vermögen des Institutenten succediren würden, oder nicht. Der Grundsatz des §. 559 ist also auch dann anwendbar, wenn der Erblasser, welcher Anverwandte der ersten Linie (z. B. Kinder) hat, Verwandte der zweiten Linie (Brüder und Bruderskinder) instituirt hätte, obgleich hier bei dem Hinwegfallen der letztwilligen Anordnung die Anverwandten der entfernteren Linie (die instituirten) von den Anverwandten der näheren Linie (den übergangenen) gänzlich ausgeschlossen würden [1]).

7. Dagegen findet die Regel des §. 559 keine Anwendung: a) wenn die bedachten Personen nicht Verwandte des Erblassers sind, wie wenn dieser z. B. seinen Freund F und die Kinder eines Bruders dieses Freundes, G und H, zu seinem Nachlasse berufen hätte, der hier in drei Theile zu theilen käme; b) wenn ein solcher Stamm bloß mit fremden (nicht verwandten) Personen des Erblassers concurrirte, weil die Glieder dieses Stammes hier niemandem gegenüber stehen, rücksichtlich dessen sie bei der gesetzlichen Erbfolge als Eine Person anzusehen wären [2]); c) wenn die bedachten Personen sich in einem solchen Verwandtschaftsverhältnisse befinden, daß sie nach den Regeln der Intestaterbfolge niemals miteinander concurriren könnten, weil sie entweder in verschiedenen Verwandtschafts-Linien stehen — wie wenn der Erblasser seinen Sohn und seines Bruders Söhne zu Erben eingesetzt hätte — oder weil sie, wenngleich in derselben Linie stehend, einander ausschließen, wie wenn z. B. der Bruder des Erblassers und die Söhne dieses nämlichen Bruders zur Erbschaft berufen wären; d) wenn endlich nicht alle Glieder eines Stammes zu Erben eingesetzt wurden, also z. B. der Bruder A, und von den Söhnen eines zweiten Bruders B, C und D nur der B und C instituirt sind [3]).

8. Der §. 559 stellt übrigens, wie schon oben angedeutet wurde, nur eine Vermuthung auf, welche durch eine ausdrückliche Anordnung des Erblassers, oder entgegengesetzte stärkere Vermuthungsgründe (§. 683) aufgehoben werden kann; wie wenn der Erblasser angeordnet hätte, daß jeder der namentlich instituirten Erben einen gleich großen Antheil erhalten soll, oder daß eben so viele Antheile als Erben benannt worden sind, gemacht werden sollen, oder wenn er die Theile numerisch angegeben hätte.

§. 560.

Recht des Zuwachses.

Wenn alle Erben ohne Bestimmung der Theile, oder in dem allgemeinen Ausdrucke einer gleichen Theilung zur Erbschaft berufen werden, und es kann, oder will einer der Erben von seinem Erbrechte keinen Gebrauch machen, so wächst der erledigte Theil den übrigen eingesetzten Erben zu.

§. 561.

Sind ein oder mehrere Erben mit, ein anderer oder mehrere ohne Bestimmung des Erbtheiles eingesetzt; so wächst der erledigte Theil nur den einzelnen, oder den mehreren noch übrigen, unbestimmt eingesetzten Erben zu.

§. 562.

Einem bestimmt eingesetzten Erben gebührt in keinem Falle das Zuwachsrecht. Wenn also kein unbestimmt eingesetzter Erbe übrig ist; so fällt ein erledigter Erbtheil nicht einem noch übrigen, für einen bestimmten Theil eingesetzten, sondern den gesetzlichen Erben zu.

---

[1]) S. den Civilrechtsfall zur Erläuterung des §. 559 des b. G. B. von Dr. J. P. (Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1828, II., S. 45); insbesondere S. 54.

[2]) Wie wenn z. B. der Erblasser seinen Freund F, und die Kinder seines (des Erblassers) Bruders, d. i. seine Neffen, C und D zu Erben eingesetzt hätte; diese würden den Nachlaß in drei Theile unter sich theilen.

[3]) Nach Unger (Erbrecht S. 66, Anmrkg. 6) soll dieß nicht im allgemeinen gelten, sondern nach Umständen auch die Vertheilung nach Stämmen Platz greifen.

1. Nicht selten geschieht es, daß ein eingesetzter Erbe von seinem Erbrechte keinen Gebrauch machen kann, weil er nach §§. 539 und 544 zu erben unfähig, oder nach §§. 540, 542 und 543 erbunwürdig oder vor dem Erblasser verstorben ist (§. 536)[1]), oder daß er von seinem Erbrechte keinen Gebrauch machen will (vgl. §§. 538, 551 und 805), wornach dann die Frage entsteht, was mit dem erledigten Erbtheile zu geschehen habe? Dieser gebührt nun vor allem den vom Erblasser für diesen Fall berufenen Nacherben (§§. 604 und 608).

2. Ist kein Substitut vorhanden, oder will oder kann auch dieser nicht Erbe sein, und findet auch keine Transmission des Erbrechtes statt[2]), so ist zu unterscheiden, ob alle Miterben für einen bestimmten Erbtheil eingesetzt sind oder nicht. Im ersten Falle wird der bestimmt erklärte Wille des Erblassers als maßgebend angesehen; es fällt daher, da nach dem österreichischen Rechte (§. 534) die verschiedenen Arten des Erbrechtes allerdings neben einander bestehen können, der erledigte Erbtheil den gesetzlichen Erben zu (§§. 562 und 726).

3. Sind dagegen ein oder mehrere oder alle Erben ohne Bestimmung eines Erbtheiles eingesetzt, so wächst der erledigte Theil dem einzelnen oder den mehreren noch übrigen unbestimmt eingesetzten Erben zu; denn diese sind, wie schon oben (S. 158 d. W.) bemerkt wurde, eigentlich zu dem ganzen Nachlasse berufen, über den der Erblasser nicht anderweitig verfügt hat, und werden nur durch die concurrirenden Ansprüche ihrer Miterben beschränkt. Dagegen gebührt dem bestimmt eingesetzten Erben niemals ein Zuwachsrecht, weil der Erbe sonst mehr erhielte, als ihm der Erblasser zuweisen wollte.

4. Das Accrescenzrecht kömmt auch jenen Erben zu statten, welche in dem allgemeinen Ausdrucke einer gleichen Theilung zur Erbschaft berufen sind, weil ja nach §. 555 auch die ohne Vorschrift einer Theilung eingesetzten Erben den Nachlaß zu gleichen Theilen unter sich theilen, folglich zwischen beiden Arten der Berufung mindestens kein praktischer Unterschied obwaltet[3]).

5. Wären mehrere Erben gemeinschaftlich zu einem bestimmten Erbtheile berufen, und fällt einer von diesen hinweg, so accrescirt — nach der Analogie der hier getroffenen Anordnungen — der erledigte Theil den gemeinschaftlich dazu berufenen. Hieße es z. B. in einer letzten Willenserklärung: „A und B sollen zusammen die Hälfte, C ein Viertheil und D ein Viertheil des Nachlasses erhalten", so würde bei dem Hinwegfallen des B sein Antheil dem A zuwachsen, und dieser allein die Hälfte der Erbschaft erhalten; fiele dagegen C weg, so käme sein Antheil

---

[1]) Daß auch in diesem Falle das Recht des Zuwachses Platz greift, ist in der Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 2. April 1852, Z. 3108, in Nr. 121 der allg. österr. Ger. Ztg. J. 1855 ausgesprochen.

[2]) Inwiefern eine solche nach österreichischem Rechte Platz greife, wird an zukömmlicher Stelle erörtert werden.

[3]) M hatte in seinem Testamente angeordnet: „Meine Nichte Anna sammt ihren drei Kindern, nämlich zwei Töchter und ein Sohn, setze ich zu meinen Universalerben ein, jedoch so, daß mein nach Abschlag der Legate bleibendes Vermögen in vier gleiche Theile getheilt werde und jedem sein Theil durch die Abhandlungsinstanz zugestellt werde." — Der Sohn der Anna war vor dem Erblasser gestorben. Der oberste Gerichtshof entschied mit Urtheil vom 22. Juni 1859, Z. 7116 (allg. österr. Ger. Ztg. J. 1859. Nr. 111), daß den eingesetzten Erben das Accrescenzrecht gebühre, da keine Andeutung in dem Testamente vorkomme, daß der Testator seine Erbsnachfolger nur auf einen aliquoten Theil des Nachlasses beschränkt oder die Beziehung „Universalerbe" anders als in der gewöhnlichen Bedeutung verstanden wissen wollte. Wenn dem Satze: „Meine Nichte" u. s. w. „setze ich zu meinen Universalerben ein" nun auch noch der andere angehängt erscheint: „jedoch so, daß mein nach Abschlag der Legate bleibendes Vermögen in vier gleiche Theile getheilt werde, und jedem sein Theil durch die Abhandlungsbehörde zugestellt werde", so enthält dieser Nachsatz in ungezwungener Auffassung offenbar nur die vorsorgliche Verfügung des Testators, daß einerseits vor allem die Legate in Abschlag gebracht, und dann daß unter Vermeidung jeder Gütergemeinschaft und möglicher Theilungsfragen zwischen den eingesetzten Erbesnehmern das Gericht selbst den Nachlaß effectiv theile und zuweise. — In gleichem Sinne wurde ein in Nr. 51 der Ger. Halle v. J. 1861 mitgetheilter Rechtsfall vom obersten Gerichtshofe unterm 13. März 1861, Z. 1504, entschieden, in welchem es sich zwar nicht um das Accrescenzrecht der Erben, sondern um jenes der Legatare handelte, das aber nach denselben Grundsätzen zu beurtheilen kömmt. A hatte nämlich den 5 zurückgelassenen Kindern seines Bruders 2000 fl. legirt und beigefügt, daß sie „auf fünf gleiche Theile zu vertheilen" seien. Der oberste Gerichtshof war auch hier der Ansicht, daß das Accrescenzrecht eintrete. Denn wenn der Erblasser auch bei der Anordnung der Vertheilung in gleiche Theile die Zahl der Theilnehmer und der Theile genannt hat, so hat er hiermit doch nicht das, was er jedem einzelnen Legatare zudachte, ausdrücklich und unbedingt nur auf ein Fünftel von der vermachten Summe beschränkt.

an die Intestaterben, da A, B und D zu bestimmten Theilen eingesetzt sind, und daher kein Accrescenzrecht genießen.

6. Der Zuwachs erfolgt ipso jure, weil man bei unbestimmt, oder in dem allgemeinen Ausdrucke einer gleichen Theilung eingesetzten Erben vor der Theilung der Verlassenschaft eigentlich gar nicht von einem bestimmten Erbtheile sprechen kann (s. o. S. 158 d. W.); es bedarf daher zur Geltendmachung des Zuwachsrechtes keiner besonderen Erbserklärung (S. 153 d. W.); es kann aber auch anderseits nicht auf dasselbe allein Verzicht geleistet werden (S. 158 d. W.).

7. Die eben erörterten Vorschriften gelten offenbar nur bei der testamentarischen Erbfolge, wie aus der Einreihung derselben in das Hauptstück „von der Erklärung des letzten Willens" und aus der Textirung der §§. 560—562, die immer nur von „eingesetzten" Erben sprechen, erhellet.

§. 563.

Wer den erledigten Erbtheil erhält, übernimmt auch die damit verknüpften Lasten, in so fern sie nicht auf persönliche Handlungen des eingesetzten Erben eingeschränkt sind.

1. Wer den erledigten Erbtheil erhält, seien es ein oder mehrere Testaments- oder Intestaterben, muß mit dem Vortheil auch die damit verknüpften Lasten übernehmen, die nach dem Willen des Erblassers aus jenem Erbtheile hätten bestritten werden sollen; wie z. B. die Errichtung eines Denkmales, die Auszahlung eines Vermächtnisses u. dgl.

2. Nur wenn die Last von der Art ist, daß sie auf persönlichen Handlungen des eingesetzten Erben beruht, wie z. B. die Zustandebringung eines Kunstwerkes, die Uebernahme einer Vormundschaft, die Verheirathung mit einer bestimmten Person u. s. w., findet eine solche Uebertragung nicht statt, weil diejenigen, welche den erledigten Erbtheil erhalten, oft gar nicht in der Lage wären, den Auftrag des Erblassers zu erfüllen, und weil anzunehmen ist, daß dieser eben nur die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse des Instituirten dabei vor Augen hatte.

§. 564.

Der Erblasser muß den Erben selbst einsetzen; er kann dessen Ernennung nicht dem Ausspruche eines Dritten überlassen.

1. Die Erklärung des letzten Willens soll eine Verfügung des Erblassers über sein Vermögen sein; es würde also mit dem Begriffe derselben im Widerspruche stehen, wenn die Einsetzung eines Erben nicht von dem Erblasser selbst ausginge, sondern der Willkür eines anderen überlassen würde. Selbst die Auswahl aus mehreren, vom Erblasser bestimmt bezeichneten Personen scheint nicht mit Wirksamkeit einem dritten anheimgestellt werden zu können, weil doch immer die Ernennung des Erben von dessen Ausspruche abhinge [1]).

2. Dagegen kann der Erblasser allerdings eine zur Zeit noch unbestimmte Person zum Erben einsetzen, z. B. diejenige, welche eine gestellte Preisaufgabe lösen, oder welche seine Schwester heiraten wird, und ebenso kann er die Erbseinsetzung an eine Bedingung knüpfen, die von dem Willen eines dritten abhängig ist (§. 699).

3. Es ist ferner nicht nothwendig, daß der eingesetzte Erbe namentlich bezeichnet werde, sondern es kann dieß auch durch die Angabe des Verhältnisses geschehen, in dem sich der Erbe befindet, wie wenn z. B. jemand den Direktor seiner Fabrik zum Erben einsetzt.

---

[1]) So wurde auch ein vorgekommener Rechtsfall in erster und zweiter Instanz entschieden, und die dagegen ergriffene außerordentliche Revision mit Hofentschdg. vom 28. Juli 1837 als muthwillig zurückgewiesen (Berotta, Giorn. di giurispr. 1846, p. 105). In gleichem Sinne erfloß die Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 4. Juli 1851, Z. 4354, in Nr. 130 der allg. öst. Ger. Ztg., J. 1855.

4. Die Benennung des letzteren braucht auch nicht gerade im Testamente selbst zu geschehen, sondern der Testator kann sich vorbehalten, dieselbe in einem abgesonderten Zettel oder Aufsatze vorzunehmen, der aber dann freilich nach §. 582 mit allen zur Giltigkeit einer letzten Willenserklärung nöthigen Erfordernissen versehen sein müßte.

5. Auch scheint es nothwendig, daß der Wille des Erblassers, eine bestimmte Person zu seinem Nachlasse zu berufen, ausdrücklich erklärt werde, so daß es nicht genügen würde, wenn dieser Berufung nur nebenher Erwähnung geschähe, z. B. bei der Anordnung einer Substitution [1]). Dagegen ist für die Erbseinsetzung keine bestimmte Formel vorgeschrieben; es genügt also, wenn aus den Umständen offenbar hervorgeht, daß der Erblasser eine letzwillige Erklärung abgeben und einer bestimmten Person seinen Nachlaß ganz oder theilweise zuwenden wollte [2]).

6. Hat der Erblasser einem dritten seine Willensmeinung, welche Person er zur Erbschaft berufen wolle, entdeckt — und beruft sich derselbe in seiner Willenserklärung darauf mit dem Beisatze, daß dieser dritte den Erben entdecken werde, so hat er die Ernennung seines Erben nicht der Willkür dieses dritten anheimgestellt. Die Anordnung dürfte also giltig sein [3]); doch pflichten wir der Ansicht Nippel's (Erläut. Bd. 4, S. 80) bei, daß zufolge der Analogie aus §. 582 der rechtliche Beweis über diesen Umstand nur auf jene Art hergestellt werden könne, wie ein letzter Wille überhaupt erwiesen werden muß. Auch scheint es statthaft zu sein, eine oder mehrere Personen, wenn auch nicht individuell und nominativ, so doch unter der Bezeichnung gewisser Eigenschaften und Merkmale in der Art zu Erben einzusetzen, daß nicht die Auswahl, sondern nur die Beurtheilung, bei welchen Personen die in der letztwilligen Anordnung bestimmten Eigenschaften und Merkmale eintreffen, einer Behörde überlassen bleibt [4]).

7. Weiters können wir uns der Meinung Nippel's (Erläut. Bd. 4, S. 81) nicht anschließen, wenn er die Frage, ob der Erblasser bei seiner Erbseinsetzung sich auf ein fremdes (oder aufgehobenes) Gesetz berufen, also z. B. anordnen könne, daß diejenigen seinen Nachlaß erben sollen, welche nach den Vorschriften des römischen Rechtes ab intestato succediren würden, verneint. Der Grund, der dafür angeführt wird — „das Gesetz könne nicht zugeben, daß der Erblasser aus bloßer Vorliebe für ein fremdes Gesetz von der festgesetzten Erbfolge abgehe" — scheint uns nicht stichhältig zu sein, weil es bei einer letztwilligen Anordnung auf das Motiv des

---

1) S. den von Dr. Zugschwerdt, im Juristen Bd. 11, S. 99 dargestellten Rechtsfall.

2) In einem in Nr. 147 der allg. österr. Ger. Ztg. vom J. 1860 mitgetheilten Rechtsfalle hatte der Erblasser auf seinem Krankenbette über Befragen des ihn besuchenden B., ob er nicht ein Testament machen wolle, da doch ein solches zur Vermeidung aller Streitigkeiten nöthig sei, in Gegenwart des letzteren und der noch anwesenden C und D geantwortet: „Zu was brauchen wir ein Testament; es braucht kein Testament — warum soll ich ein Testament machen; es gehört ohnehin alles meiner Frau, wie es liegt und steht, und niemand kann ihr davon etwas nehmen." Der oberste Gerichtshof erkannte hierin unter Berücksichtigung der obwaltenden Umstände und der Rechtsunkunde des Verstorbenen eine giltige letzte Willenserklärung und die Einsetzung der Frau des Erblassers zu seiner Universalerbin. (Entscheidung v. 30. Mai 1860. Z. 6253.)

3) Im entgegengesetzten Sinne erfloß die Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 22. April 1853, Z. 3643 (in Nr. 66 der allg. österr. Ger. Ztg. J. 1854), ohne daß jedoch irgend ein genügender Grund dafür angegeben wäre.

4) So wurde vom obersten Gerichtshofe mit Entscheidung vom 6. October 1863, Z. 6636, in Nr. 130 und 143 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1863 eine letztwillige Verfügung für rechtsbeständig erkannt, in welcher der Erblasser „dreißig, ihr Gewerbe noch betreibende, redliche, fleißige, gut patriotisch gesinnte und von der k. k. Stadthauptmannschaft für die würdigsten erkannte verunglückte Bürger" zu seinen Universalerben einsetzte. In den Entscheidungsgründen wird vorzüglich auf §. 559 des b. G. B. Bezug genommen und hervorgehoben, daß in dem Falle, als der Erblasser sein Vermögen zu einer immerwährenden Stiftung für 30 solche Bürger geordnet hätte, die Behörde ohne Zweifel berufen werden könnte, zu bestimmen, wer in den Genuß jener Stiftung zu treten habe, daß also nicht abzusehen sei, warum ihr in dem vorliegenden Falle nicht ein ähnlicher Ausspruch zustehen solle. Die Redaction der Gerichtshalle, in welcher dieser Rechtsfall in Nr. 53 v. J. 1863 mitgetheilt ist, spricht sich im entgegengesetzten Sinne aus, indem der §. 564 das Wort „Ernennung" gebraucht, worunter man, wenn auch nicht die Namensbezeichnung des Erben, so doch eine solche Bezeichnung des Erben verstehen müsse, welche den eingesetzten Erben von jeder anderen Person auf eine allgemein erkennbare Weise unterscheidet. Dort, wo dieß nicht möglich wäre, wo die eingesetzten Erben durch solche Qualificationen bezeichnet werden, daß entweder mehrere Personen als die Anzahl der eingesetzten Erben diese Qualificationen ausweisen, oder daß über das Vorhandensein derselben verschiedene Ansichten obwalten können, daß dieselben nicht auf eine allgemein erkennbare Weise constatirt werden können, dort könne man auch nicht von einer Ernennung, nicht von einer bestimmten Erbseinsetzung sprechen.

Erblassers gar nicht ankömmt, und weil dieselbe so lange befolgt werden muß, als sie nichts gesetzwidriges enthält (Hfkzld. vom 16. November 1826, pol. G. S. Bd. 54, S. 128), weil endlich der Verfasser selbst eingestehen muß, daß es keinem Anstande unterliegen würde, wenn der Erblasser ausdrücklich und namentlich jene Personen zu Erben ernannt hätte, welche nach römischer Successions-Ordnung ihn beerbt haben würden.

§. 565.

Die Erklärung muß überlegt, bestimmt und frei sein.

Der Wille des Erblassers muß bestimmt, nicht durch bloße Bejahung eines ihm gemachten Vorschlages; er muß im Zustande der vollen Besonnenheit, mit Ueberlegung und Ernst, frei von Zwang, Betrug und wesentlichem Irrthume erkläret werden.

§. 566.

Ursachen der Unfähigkeit zu testiren:
1) Mangel der Besonnenheit;

Wird bewiesen, daß die Erklärung im Zustande der Raserei, des Wahnsinnes, Blödsinnes oder der Trunkenheit geschehen sei; so ist sie ungiltig.

1. Eine jede letztwillige Anordnung muß die Erfordernisse einer giltigen Willenserklärung überhaupt an sich tragen; sie muß daher vor allem bestimmt sein (certum consilium debet esse testantis), d. h. sie darf nicht auf einer undeutlichen, oder verschiedene Auslegungen zulassenden Aeußerung beruhen [1]). Deßhalb genügt auch nicht die bloße Bejahung eines gemachten Vorschlages, bei welcher eine Täuschung des Testators oder der Testamentszeugen nur allzuleicht möglich wäre [2]).

2. Die Erklärung muß ferner im Zustande der vollen Besonnenheit abgegeben werden, weil nur dann anzunehmen ist, daß sie mit dem inneren Willen des Testators übereinstimme. Deßhalb sind alle jene zu testiren unfähig, welche sich in einem Zustande der Verstandlosigkeit, sei es durch Alter, Krankheit (Wahnsinn, Blödsinn, oder durch Fieber, welches die Besinnung raubt), oder andere Gründe (z. B. Trunkenheit u. dgl.) befinden [3]).

3. Der Wille des Erblassers muß ferner mit Ueberlegung und Ernst erklärt werden; Aeußerungen, die zum Scherz, oder als Uebung beim Unterricht in einer Sprache, oder im Recht, oder bei einer dramatischen Darstellung gemacht würden, können deßhalb keine giltige Willenserklärung begründen.

4. Dieselbe soll ferner frei von Zwang errichtet werden. Bei einem sog. mechanischen Zwange (vis absoluta), d. i. bei einer Ueberwältigung durch körperliche

---

[1]) S. den von Zugschwerdt dargestellten Rechtsfall (Jurist Bd. 11, S. 99). Der Erblasser hatte in einem Aufsatze, welcher die Ueberschrift „Testament" führte, im §. 2 angeordnet: „Da die Aufstellung eines Universalerben die Hauptstütze eines Testamentes ist, so ernenne ich zu selber das Fräulein M. M. von L., Tochter der Schwester meiner verstorbenen Frau, dergestalt, daß" —. Die ganze Stelle war jedoch durchstrichen, und der Erblasser begann von neuem: 2. „Besteht mein Vermögen" (hier folgte die Aufzählung des gesammten Vermögens, und dann hieß es im Verlaufe noch weiter: „Auch mache ich derselben (der oberwähnten M. M. v. L.) als sogestaltigen Universalerbin zur Pflicht, alle von mir noch zu berichtigenden Zahlungen auf Aerzte, Apotheke, Schneider und Schuster, wie auch sonstige derlei kleine Ausgaben, welche auf jeden Fall nur unbedeutend sein können, von dem Vermächtnisse zu berichtigen." — Die Gerichte fanden hierin keine bestimmte Willenserklärung, und wiesen die Klägerin mit dem Begehren um Anerkennung ihres Erbrechtes zurück. — S. auch den in Nr. 22 der Ger. Halle v. J. 1858 mitgetheilten Rechtsfall.

[2]) Die Anordnung des §. 565 bezieht sich übrigens offenbar nur auf den Inhalt der letztwilligen Verfügung selbst, und insofern eine Bejahung gemachter Vorschläge daselbst erwähnt wird, können nur mündliche letztwillige Erklärungen gemeint sein, wenn solche sohin auch zu Papier genommen werden (vgl. §. 585 des b. G. B.). Dagegen hat diese Vorschrift keine Anwendung auf den Fall, wenn in einem schriftlichen Testamente bereits der bestimmt und deutlich erklärte letzte Wille des Erblassers vorliegt, und von diesem (durch die Bejahung) nur bestätigt wurde, daß die von ihm bereits unterfertigte Urkunde seinen letzten Willen enthalte (vgl. §. 579 des b. G. B.). Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 4. März 1857, Z. 1724, in Haimerl's Mag. Bd. 16, S. 510, und in Glaser's und Unger's Sammlg. Nr. 306; dann Entscheidung v. 25. November 1857, Z. 11827, in Glaser's und Unger's Sammlg. Nr. 478.

[3]) Dagegen wurde das Testament eines Erblassers, welcher nicht wegen Blödsinnes, sondern nur wegen Unvermögens, die Folgen seiner Handlungen einzusehen, unter Curatel gesetzt worden war, von dem obersten Gerichtshofe mit Entscheidung vom 21. Juli 1857, Z. 6183 (allg. österr. Ger. Ztg. J. 1858, Nr. 8), für giltig erkannt, weil der Mangel der Fähigkeit, seine Angelegenheiten selbst zu besorgen, noch nicht die Unfähigkeit in sich schließt, ein Testament mit Besonnenheit, Ernst und Ueberlegung zu errichten. — Vgl. auch den in Nr. 91 der allg. österr. Ger. Ztg. J. 1853 mitgetheilten Rechtsfall.

Uebermacht (wie wenn jemand dem andern mit Gewalt die Hand zur Unterschrift eines ihm vorgelegten Testamentes führt) ist von Einwilligung gar keine Rede. Der sog. psychologische Zwang (vis compulsiva), d. i. die Einwirkung auf den Willen des Handelnden durch Drohung, also durch eine zu diesem Zwecke in ihm absichtlich erregte Furcht, hebt zwar die Freiheit des Handelnden nicht auf, weil der gezwungene noch immer die Fähigkeit hat, unter mehreren Entschlüssen zu wählen; allein es ist dennoch zu vermuthen, daß er vielleicht eine andere Verfügung getroffen hätte, wenn er von jenem Einflusse frei geblieben wäre[1]); deßhalb mußte eine erzwungene letztwillige Anordnung vom Gesetzgeber für ungiltig erklärt werden. Hierbei ist es allerdings nothwendig, weil im Begriffe des Zwanges liegend, daß die von dem Drohenden erzeugte Furcht eine gegründete gewesen (vgl. §§. 55 und 870, und Bd. I, S. 127 d. W.); dagegen scheint es gleichgiltig, ob sie eine gerechte oder ungerechte war[2]), und ob sie von dem in dem erzwungenen Testamente eingesetzten Erben oder einem andern herrührte; nur daß jener noch überdieß nach §. 542 zu erben unwürdig wird (vgl. oben S. 148 d. W.)

5. Welchen Einfluß Irrthum und Betrug auf die Erklärung eines letzten Willens üben, wird bei §§. 570—572 näher erörtert werden.

6. Die hier angeführten Mängel einer Erklärung des letzten Willens können nicht vermuthet, sondern müssen von demjenigen, der sie behauptet, erwiesen werden, worauf auch die Textirung des §. 566 hindeutet.

§. 567.

Wenn behauptet wird, daß der Erblasser, welcher den Gebrauch des Verstandes verloren hatte, zur Zeit der letzten Anordnung bei völliger Besonnenheit gewesen sei; so muß die Behauptung durch Kunstverständige, oder durch obrigkeitliche Personen, die den Gemüthszustand des Erblassers genau erforschten, oder durch andere zuverlässige Beweise außer Zweifel gesetzt werden.

1. Wenn auch erwiesen ist, daß der Erblasser den Gebrauch des Verstandes verloren hatte[3]), so wäre es doch immer möglich, daß er zur Zeit der von ihm getroffenen letzten Anordnung bei voller Besonnenheit gewesen sei, weil auch bei Geisteskranken sog. lichte Zwischenräume (lucida intervalla) einzutreten pflegen. Wir haben schon Bd. I, S. 67 d. W. unsere Ansicht dahin ausgesprochen, daß in der Regel auch die in einem solchen Zustande vorgenommenen Handlungen ungiltig seien[4]). Hiervon macht aber eben der §. 567 eine Ausnahme, weil es wohl hart wäre, einem wirklich fähigen Erblasser die Möglichkeit der Errichtung eines letzten Willens zu entziehen, zumal dieser Act nur durch ihn selbst und nicht etwa durch seinen Curator unternommen werden kann.

2. Allerdings muß aber in einem solchen Falle der Gemüthszustand des Erblassers von demjenigen, der die volle Besonnenheit desselben behauptet, erwiesen werden. Im allgemeinen heißt es zwar im §. 283, daß die Frage, ob ein Wahn- oder Blödsinniger den Gebrauch der Vernunft erhalten habe, nach einer genauen Erforschung der Umstände, aus einer anhaltenden Erfahrung und aus den Zeugnissen der zur Untersuchung von dem Gerichte bestellten Aerzte entschieden werden müsse, und deßhalb stellt auch der §. 567 den Beweis durch Kunstverständige voran;

---

[1]) „Der Zwang steht — wie Savigny (Sistem Bd. 3, S. 103) sagt — im geraden Widerspruch mit dem Zweck alles Rechtes, welcher auf die sichere und selbständige Entwicklung der Persönlichkeit gerichtet ist. Demnach liegt in dem Zwang eine in das Recht störend eingreifende Unsittlichkeit; sie ist dem Unrecht verwandt, wenngleich kein wirkliches, unmittelbares Unrecht. Es ist die Aufgabe des positiven Rechtes, diese Unsittlichkeit durch positive Gegenwirkung von dem Rechtsgebiet abzuwehren."

[2]) Anderer Meinung ist Nippel, Erläut. Bd. 4, S. 80.

[3]) Dieser Beweis kann schon früher hergestellt worden sein, indem über den Wahn- oder Blödsinnigen nach §. 273 die Curatel verhängt wurde; er kann aber auch erst im Erbrechtsstreite geführt werden, da das Gesetz denselben nirgends ausschließt, und zwar nicht bloß in der Form eines Beweises durch Sachverständige, sondern auch in der Form eines Zeugenbeweises durch andere Personen, welche den Geisteszustand des Kranken genau beobachtet haben. Vgl. den Civilrechtsfall in der allg. österr. Ger. Ztg. 1852, Nr. 98.

[4]) S. Helm (Dr. Jos.): Kritik einiger besonderer, bei der Auslegung der Gesetze vorkommender Regeln. Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1828, II., S. 281.

man wollte denselben aber doch nicht für den allein zulässigen erklären, weil die Beiziehung von Sachverständigen in vielen Fällen nicht wohl thunlich wäre. Es kann mithin der fragliche Beweis auch durch obrigkeitliche Personen geliefert werden, welche den Gemüthszustand des Erblassers genau erforschten, wie auch durch andere zuverlässige Beweismittel, worunter wohl hauptsächlich glaubwürdige Zeugen zu rechnen wären [1]). Dagegen scheint der Haupteid, welcher mehr die Natur eines Vergleiches an sich trägt, nicht als zureichend angesehen werden zu können [2]).

3. Die Zuverlässigkeit des vorgebrachten Beweises käme, wie schon Zeiller (Comment. Bd. 2, S. 439) hervorhebt, hauptsächlich aus den Umständen zu beurtheilen, ob der Erblasser auch sonst öfters anhaltende helle Zwischenräume hatte; ob der Zwischenraum, worin die Erklärung geschah, etwa nur von kurzer Dauer war, der fast nie ganz heiter zu sein pflegt; ob man den Zeugen wohl auch die Fähigkeit und Unbefangenheit in der Beurtheilung zutrauen könne; ob der Inhalt der Erklärung die Ueberlegung und Besonnenheit bestätige; ob nicht leicht Kunstverständige oder Gerichtspersonen hätten beigezogen werden können u. s. w.

§. 568.

2) Prodigalitäts-Erklärung; in wie fern:

Ein gerichtlich erklärter Verschwender kann nur über die Hälfte seines Vermögens durch letzten Willen verfügen; die andere Hälfte fällt den gesetzlichen Erben zu.

1. Nach römischem Rechte waren die gerichtlich erklärten Verschwender den furiosis gleich gehalten und konnten daher gar keine letztwillige Anordnung errichten. Dies galt auch nach dem älteren österreichischen Rechte [3]). Unser a. b. G. B. hielt es dagegen für zweckmäßiger, dieselben zwar hinsichtlich ihrer Dispositionsfähigkeit zu beschränken, ihnen aber diese nicht gänzlich zu entziehen; ersteres, weil allerdings zu besorgen steht, daß solche Personen bei voller Testirungsfreiheit zur Begünstigung derer, die ihrem Leichtsinne oder ihren ausschweifenden Begierden fröhnten, gegen ihre Angehörigen, welche sich durch das Ansuchen um die Prodigalitätserklärung wahrscheinlich deren Abneigung zugezogen haben, ungerecht oder doch sehr unbillig handeln würden [4]); — letzteres, damit sie denn doch in der Lage seien, Personen, die ihnen theuer sind, oder die sich besonders um sie verdient gemacht haben, einen Theil ihres Nachlasses zuzuwenden. Es wurde daher der Mittelweg eingeschlagen, dem gerichtlich erklärten Verschwender die Verfügung nur über die Hälfte seines Vermögens zu gestatten, wogegen die andere Hälfte nach den Regeln der Intestaterbfolge seinen gesetzlichen Erben zufallen muß.

2. Diese können demnach die ihnen gebührende Nachlaßhälfte in Anspruch nehmen, der Erblasser mag darüber verfügt haben oder nicht. Im ersteren Falle würde seine Anordnung nur bis zu der für ihn disponiblen Vermögenshälfte gelten; würde also diese nicht hinreichen, um die von dem Testator angeordneten Vermächtnisse zu decken, so käme zu unterscheiden, ob ein eingesetzter Erbe vorhanden ist oder nicht, und ob derselbe im ersten Falle den Nachlaß mit oder ohne die Rechtswohlthat des Inventars angetreten hat. Der unbedingt erklärte Erbe haftet nämlich den Legataren für ihre Vermächtnisse allerdings, wenngleich die Verlassenschaft nicht hinreicht (§. 801), während der bedingt erklärte Erbe (nach §. 802) den Gläubigern und Legataren nur insoweit verbunden wird, als die Verlassenschaft für ihre, und auch seine eigenen, außer dem Erbrechte ihm zustehenden Forderungen hinreicht. Liegt also nur eine bedingte Erbserklärung vor, oder ist gar kein eingesetzter Erbe vorhanden, so müssen sich die Legatare insgesammt einen verhält-

---

1) So wurde in dem in Nr. 65 der allg. öst. Ger. Ztg. J. 1854 erzählten Rechtsfalle von dem k. k. obersten Gerichtshofe mit Urtheil vom 15. März 1850 der Beweis über den Geisteszustand des Erblassers durch gewöhnliche Zeugen (darunter die Köchin des Verstorbenen) zugelassen.

2) Ueber die in solchen Fällen anwendbaren Beweismittel verbreitet sich insbesondere Dr. Dierl in dem von ihm dargestellten Rechtsfalle, im Juristen Bd. 5, S. 349.

3) S. Donner, Einleitung zur Kenntniß der österr. Rechte. Wien, 1778, I., §. 439.

4) S. Zeiller, Comment. Bd. 2, S. 439.

nißmäßigen Abzug gefallen lassen (§. 692), und nur das Legat des Unterhaltes müßte vor allen anderen entrichtet werden (§. 691)[1]).

3. Die gesetzlichen Erben müssen sich aber auch anderseits mit der ihnen vorbehaltenen Vermögenshälfte begnügen, und sie können nicht etwa aus dem Titel des Pflichttheiles noch einen weiteren Theil des Nachlasses für sich in Anspruch nehmen[2]); allerdings muß ihnen aber dieser gesetzliche Erbtheil, sowie den Notherben ihr Pflichttheil (nach §. 774), ganz frei bleiben, und jede denselben einschränkende Bedingung oder Belastung wäre ungiltig.

4. Hat der gerichtlich erklärte Verschwender gar keine gesetzlichen Erben, so fällt auch die Beschränkung des §. 568 für ihn hinweg; denn in diesem Falle müßte die vorbehaltene Verlassenschaftshälfte als ein erbloses Gut von der Kammer oder anderen dazu berechtigten Personen eingezogen werden (§. 760); allein von einem erblosen Gute kann doch wohl nicht die Rede sein, wo ein deutlich erklärter Wille des Erblassers vorliegt, und der Fiscus, sowie die andern im §. 760 bezeichneten Personen können durchaus nicht als die gesetzlichen Erben angesehen werden, deren Dasein der §. 568 offenbar voraussetzt[3]).

5. Ein gesetzlicher Erbe, der nach den im Gesetze enthaltenen Bestimmungen zu erben unfähig, oder erbunwürdig ist, oder von dem Erblasser rechtmäßig enterbt wurde, kann sich nicht auf die Verfügung des §. 568 berufen, und deßungeachtet einen Erbtheil ansprechen, da die gedachte Anordnung den anderweitigen Vorschriften über die Fähigkeit und das Recht zu erben gewiß nicht derogiren wollte.

6. Nach §§. 173 und 251 kann über diejenigen, welche sich während ihrer Minderjährigkeit in beträchtliche Schulden verwickelt haben (wegen Verschwendung, wie §. 251 ausdrücklich sagt), die Fortdauer der väterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt auf eine längere und unbestimmte Zeit angeordnet werden. Solche Personen gehören aber doch nicht zu den „gerichtlich erklärten Verschwendern", und es dürfte daher die Verfügung des §. 568 auf sie keine Anwendung haben[4]).

---

[1]) S. den Aufsatz von Dr. Fr. Schneider (Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1839, I., S. 96): Ueber Vermächtnisse eines gerichtlich erklärten Verschwenders, zu deren Deckung die letztwillig disponible Vermögenshälfte desselben nicht zureicht. — Vorstehende Abhandlung ist vorzüglich gegen die Ansicht Prockner's (Ueber den letzwillig angeordneten Schuldenerlaß, in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1836, II., S. 35) gerichtet, welcher behauptet, daß in dem fraglichen Falle jene Legatare unbefriedigt bleiben müssen, welche der Verschwender, da er schon hinsichtlich früher ernannter über die Hälfte seines Vermögens verfügte, noch weiter ernannt hat.

[2]) In diesem Sinne wurde der von Zeiller (in Pratobevera's Mat. Bd. 6, S. 318) erzählte Rechtsfall entschieden, in welchem ein gerichtlich erklärter Verschwender über die eine Hälfte seines Vermögens zu Gunsten seiner Kinder verfügt, und die andere Hälfte in Vermächtnisse vertheilt hatte. Die Kinder behaupteten, daß ihr Vater, der ihnen den vollen Pflichttheil hinterlassen mußte, als frei vererbliches Vermögen nur die Hälfte seines Vermögens betrachten durfte, mithin nur über die Hälfte dieses frei vererblichen Vermögens, d. h. über ein Viertheil seines ganzen Vermögens zu testiren berechtigt war; sie wurden jedoch in beiden Instanzen abgewiesen. — Eine vollkommen übereinstimmende Entscheidung erfloß in dem in der Gazz. dei Trib. di Milano. 1853, Nr. 93 dargestellten Rechtsfalle. — Vgl. auch die allg. österr. Ger. Ztg. J. 1854, Nr. 45.

[3]) S. Winiwarter, bürg. Recht Bd. 3, S. 64. — Unger, Erbrecht S. 45, Anmrkg. 4. — Füger, Erbrecht Bd. 1, S. 129. — Anderer Meinung ist Ellinger, Handb. S. 225, ohne nähere Begründung.

[4]) S. die gleichförmigen Entscheidungen der 1. und 2. Instanz vom 20. September und 26. November 1852 in der Gazzetta dei Tribun. 1852, Nr. 10, und die Entscheidg. des obersten Gerichtshofes vom 26. Mai 1858, Z. 4588, in Nr. 27 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1859. In den Gründen dieser letzteren heißt es: . . „Die Fälle, für welche das Gesetz die Testirungsfähigkeit beschränkt, sind Ausnahmen von der Regel; sie können also nur dann als vorhanden angenommen werden, wenn sie durch den Wortlaut oder durch den Zusammenhang der Gesetze ausdrücklich bezeichnet erscheinen. Das Gesetz macht nun in den §§. 568 u. 569 des a. b. G. B. hinsichtlich des Testirungsrechtes einen wesentlichen Unterschied zwischen einem unter Vormundschaft stehenden Minderjährigen und einem gerichtlich erklärten Verschwender. Demjenigen, welchen das Gesetz für einen Minderjährigen hält, gestattet der §. 569 das beschränkte Testirungsrecht nach zurückgelegtem achtzehnten Jahre. Bei ihm bildet also der Umstand, daß er unter Vormundschaft gehalten wird, keine Beschränkung dieses Rechtes, und es macht diese Gesetzesstelle keine Erwähnung von den Gründen, aus welchen die Vormundschaftsdauer über das vierundzwanzigste Lebensjahr verlängert wird. Mag also diese Verlängerung aus was immer für Gründen verfügt worden sein, so tritt nach dem Wortlaute des §. 569 nach zurückgelegtem achtzehnten Lebensjahre des zur freien Verwaltung seines Vermögens vom Gesetze und vom Gerichte für noch nicht geeignet erkannten, daher unter Vormundschaft stehenden, vom Gesetze noch für minderjährig gehaltenen Individuums das unbeschränkte Testirungsrecht in Kraft und Wirksamkeit. Der §. 568 beschränkt wohl das Testirungsrecht eines gerichtlich erklärten Verschwenders auf die Hälfte seines Vermögens; allein das Gesetz macht einen wesentlichen Unterschied zwischen der Prodigalitätserklärung und der Vormundschaftsverlängerung, wie dieß schon aus der Vergleichung der §§. 273 und 173 des a. b. G. B. hervorgeht, indem die letztere schon dann verhängt werden kann, wenn der Minderjährige sich in beträchtliche Schulden verwickelt hat, die Prodigalitätserklärung aber dann erfolgen muß, wenn aus der gepflogenen Untersuchung offenbar wird, daß die betreffende Person ihr Vermögen auf eine unbesonnene Art durchbringt

§. 569.

3) unreifes Alter;

Unmündige sind zu testiren unfähig. Minderjährige, die das achtzehnte Jahr noch nicht zurückgelegt haben, können nur mündlich vor Gericht testiren. Das Gericht muß durch eine angemessene Erforschung sich zu überzeugen suchen, daß die Erklärung des letzten Willens frei und mit Ueberlegung geschehe. Die Erklärung muß in ein Protokoll aufgenommen, und dasjenige, was sich aus der Erforschung ergeben hat, beigerückt werden. Nach zurückgelegtem achtzehnten Jahre kann ohne weitere Einschränkung ein letzter Wille erkläret werden.

1. Unmündige, welche die Jahre der Kindheit zurückgelegt haben, sind zwar schon eines vernünftigen Willens fähig, können daher auch für sich allein eine Sache in Besitz nehmen (§. 310), und ein bloß zu ihren Gunsten gemachtes Versprechen annehmen (§. 865); das Gesetz hat sie aber für unfähig erklärt, zu testiren, weil ihr unreifes Alter denn doch noch eine reife Beurtheilung ausschließt [1]).

2. Minderjährige, die auch das vierzehnte Lebensjahr bereits zurückgelegt haben, besitzen noch nicht die volle Rechtsfähigkeit; sie sind noch immer mancherlei Verführungen und Nachstellungen ausgesetzt, und nicht zu jener Verstandes- und Willensreife gelangt, welche es möglich machte, ihnen die unbedingte Herrschaft über sich selbst und ihr Vermögen einzuräumen (vgl. Bd. I, S. 66 d. W.). Das Gesetz läßt ihnen daher einen besonderen Schutz dadurch angedeihen, daß es sie in der Regel für unfähig erklärt, ohne Mitwirkung ihres gesetzlichen Vertreters eine giltige Verbindlichkeit einzugehen, so daß sie im allgemeinen ihre Lage wohl verbessern, jedoch nicht verschlimmern können. Eben deßhalb war es aber auch möglich, ihnen die Testirungsfähigkeit zuzugestehen, da sie durch eine letzte Willenserklärung, die erst nach ihrem Tode in Wirksamkeit tritt, sich auf keinen Fall einen Schaden zufügen können. Nichtsdestoweniger hat das Gesetz noch eine Abstufung getroffen, indem es ihnen bis zum zurückgelegten achtzehnten Jahre nur gestattet, mündlich vor Gericht zu testiren, da immerhin zu befürchten ist, daß Personen von ganz jugendlichem Alter bei einem so wichtigen Acte, wie die Errichtung eines letzten Willens ist, nicht mit der gehörigen Ueberlegung zu Werke gehen, und sich allzuleicht fremdartigen Einflüssen hingeben werden. Den Notaren ist nicht gestattet, letztwillige Anordnungen österreichischer Unterthanen, welche das achtzehnte Jahr noch nicht zurückgelegt hatten, aufzunehmen [2]).

3. Der Minderjährige, der das achtzehnte Lebensjahr noch nicht zurückgelegt hat, muß demnach: a) vor Gericht testiren. Zur Aufnahme solcher letztwilliger Anordnungen sind, ohne Beschränkung der Zuständigkeit, die Bezirksgerichte (die Präturen), sowie auch die städtisch-delegirten Bezirksgerichte (die Stadtpräturen) competent [3]). — b) Das Testament muß ferner mündlich errichtet werden, weil das Gericht von dem Inhalte desselben Kenntniß zu nehmen hat. Dieses muß sich nämlich c) durch eine angemessene Erforschung zu überzeugen suchen, daß die Erklärung des letzten Willens frei und mit Ueberlegung geschehe, nicht etwa bloß aus jugendlicher Hitze oder in Folge fremder Einflüsterungen. Hierbei ist dann weiter d) über die abgegebene Erklärung ein Protokoll aufzunehmen, und dasjenige beizu-

---

und sich oder ihre Familie durch muthwillige oder unter verderblichen Bedingungen abgeschlossene Borgverträge künftigem Nothstande Preis gibt. Die Prodigalitätserklärung erfordert also das Vorhandensein einer offenbaren und viel größeren Gefahr für das Vermögen und für die künftige Existenz der betreffenden Person oder ihrer Familie, als die bloße Vormundschaftsverlängerung. Bei diesem wesentlichen Unterschiede kann nicht angenommen werden, daß das Gesetz für beide diese ihrer Beschaffenheit und ihrer Benennung nach ganz ungleichen gerichtlichen Erklärungen eine gleiche Rechtswirkung habe festsetzen wollen.

[1]) „Der aufkeimende Jüngling — sagt Zeiller (Comment. Bd. 2, S. 441) — ist geneigt, seine Gespielen, und jene, die seine Begierden unterstützen, oder die Schwächen seines Herzens zu benützen wissen, Würdigeren, mit denen ihn die Bande der Natur und der Dankbarkeit verbinden, vorzuziehen, und eine Anordnung über seine Verlassenschaft zu treffen, die er mit voller Besonnenheit nicht getroffen haben würde."

[2]) S. §. 60 der Notariats-Ordnung vom 21. Mai 1855, Nr. 94 des R. G. Bl.

[3]) S. §. 92 der J. N. vom 20. November 1852, Nr. 251 des R. G. Bl., und §. 87 der dalmat. J. N.

rücken, was sich aus der Erforschung ergeben hat; überhaupt aber e) alles zu beobachten, was zur Errichtung einer giltigen letzten Willenserklärung nach den §§. 587 bis 590 nothwendig ist.

4. Eine Beiziehung der gesetzlichen Vertreter des Minderjährigen ist im Gesetze nicht angeordnet, und wäre auch nicht einmal räthlich, weil gerade diese Personen leicht einen überwiegenden Einfluß auf den Testirenden üben könnten, zu dessen Hintanhaltung eben die vorstehenden Anordnungen getroffen sind.

5. Sollte das Gericht den Verdacht schöpfen, daß die Erklärung des letzten Willens von Seite des Minderjährigen nicht frei und mit der gehörigen Ueberlegung geschehe, so wird es zwar den Testator durch angemessene Vorstellungen von seinem Vorhaben abzubringen suchen; daß es aber befugt sei, denselben in einem solchen Falle gänzlich zurückzuweisen [1]), ist im Gesetze nirgends ausgesprochen; dieses bestimmt vielmehr ohne Ausnahme, daß die Erklärung zu Protokoll zu nehmen sei; und das Gericht wird die ihm nöthig scheinenden, auf die Giltigkeit der letzten Willenserklärung Einfluß habenden Bemerkungen beizurücken haben. Ob die von dem Erblasser zu Protokoll gegebene letztwillige Anordnung unter solchen Umständen dann giltig sei oder nicht, wird später, nach des Erblassers Tode, im ordentlichen Rechtswege ausgetragen werden müssen [2]).

Gegenwärtig scheinen Personen unter achtzehn Jahren auch vor einem Notar giltig testiren zu können, da der §. 70 der Notariats-Ordnung v. 25. Juli 1871, Nr. 75 des R. G. Bl., unter den von dem Notar bei Aufnahme einer letztwilligen Anordnung zu beobachtenden Vorschriften des allg. bürg. Gesetzbuches namentlich auch den §. 569 aufführt. Eine ausdrückliche Bestimmung hierüber ist aber in der Notariats-Ordnung nicht enthalten.

§. 570.

4) wesentlicher Irrthum;

Ein wesentlicher Irrthum des Erblassers macht die Anordnung ungiltig. Der Irrthum ist wesentlich, wenn der Erblasser die Person, welche er bedenken, oder den Gegenstand, welchen er vermachen wollte, verfehlet hat.

§. 571.

Zeigt sich, daß die bedachte Person, oder die vermachte Sache nur unrichtig benannt, oder beschrieben worden, so ist die Verfügung giltig.

§. 572.

Auch wenn der von dem Erblasser angegebene Beweggrund falsch befunden wird, bleibt die Verfügung giltig; es wäre denn erweislich, daß der Wille des Erblassers einzig und allein auf diesem irrigen Beweggrunde beruhet habe.

1. Der Wille des Erblassers muß (nach §. 565), um giltig zu sein, auch frei von Betrug und wesentlichem Irrthume erkläret werden.

2. Irrthum überhaupt ist derjenige Zustand des Bewußtseins, in welchem die wahre Vorstellung eines Gegenstandes von einer unwahren verdrängt wird. Wenn nun der Wille des Erblassers einzig und allein durch diese falsche Vorstellung herbeigeführt wurde, wenn er lediglich auf diesem als irrig erkannten Beweggrunde beruht, so kann mit Sicherheit angenommen werden, daß der Testator ohne jenen Irrthum die fragliche Verfügung gar nicht getroffen hätte; sie muß daher selbst als ungiltig angesehen werden. Hierzu genügt es aber nicht, daß der vom Erblasser angegebene Beweggrund falsch befunden wird (§. 572), weil ja der Wille des Testators auch noch durch andere, nur nicht ausgedrückte Gründe zu der fraglichen Anordnung bestimmt sein kann, ja weil er vielleicht absichtlich ein falsches Motiv angegeben hat, um z. B. dem Neide oder einem hämischen Verdachte der Verwandten zu begegnen [3]), sondern es müßte insbesondere erwiesen sein, daß der

[1]) Vgl. Zeiller, Comment. Bd. 2, S. 442.
[2]) S. Nippel, Erläut. Bd. 4, S. 95. — Unger, Erbrecht S. 44, Anmrkg. 2.
[3]) S. Zeiller, Comment. Bd. 2, S. 446.

Erblasser allein durch den irrig angenommenen Beweggrund zu der von ihm getroffenen Disposition verleitet wurde. Dann würde aber auch ein Rechtsirrthum den hier in Frage stehenden Einfluß üben (vgl. Bd. I, S. 32 d. W.).

3. Ein weiterer Fall des Irrthums ist dann vorhanden, wenn zwischen dem Willen des Erblassers und der Erklärung dieses Willens keine Uebereinstimmung herrscht, so daß nur der (falsche) Schein eines Willens entsteht [1]). Dieß geschieht: a) wenn der Testator die Person, welche er bedenken will, verfehlt, also in Folge einer Verwechslung jemanden zum Erben oder Legatar ernennt, den er gar nicht ernennen wollte, oder b) wenn er statt eines Gegenstandes, den er vermachen wollte, einen andern legirt. In beiden Fällen ist der Irrthum ein wesentlicher (§. 570), der die betreffende Anordnung ungiltig macht [2]).

4. Betrifft dagegen der Irrthum nur die Eigenschaften einer Person oder Sache, so wird er ein außerwesentlicher genannt, und hat auf die Giltigkeit der getroffenen Verfügung keinen Einfluß. Das nämliche gilt auch dann, wenn der Erblasser erweislich die bedachte Person oder die vermachte Sache nur unrichtig benannt oder beschrieben hat, wenn also die Person oder Sache richtig gedacht, und bloß der Name oder die Bezeichnung verwechselt ist [3]). Anders aber würde zu entscheiden sein, wenn die falsche Benennung oder Beschreibung mit einem falschen Beweggrunde zusammenfiele, und dieser von der Art wäre, daß er (nach §. 572) den letzten Willen entkräftet.

5. Hat der Erblasser die Person des Erben oder Legatars so bezeichnet, daß es daraus gewiß wird, er habe zwischen zweien oder mehreren Personen Eine bezeichnen wollen, ohne daß aus dem Inhalte seiner Disposition, oder aus den Umständen hervorgeht, welche er eigentlich gemeint habe, so glaubt Nippel (Erläut. Bd. 4, S. 98), daß die Erbschaft oder das Legat allen diesen Personen zufalle, weil auf diese Art doch der Wille des Erblassers auf die bestmögliche Weise aufrecht erhalten werde. Winiwarter ist dagegen der Ansicht (bürg. Recht Bd. 3, S. 68), daß die Verfügung des Erblassers wirkungslos bleibe, weil keiner von den Erben oder Vermächtnißnehmern einen Titel seines Erbrechtes nachzuweisen vermöge, und weil man auch bei der entgegengesetzten Ansicht Gefahr läuft, dem Willen des Erblassers ganz oder zum größten Theile zuwider zu handeln. Wir pflichten der Meinung Winiwarter's um so mehr bei, als es einer solchen Willenserklärung, wie uns scheint, an der nöthigen Bestimmtheit (§. 565) gebricht.

6. Hat der Erblasser die vermachte Sache auf eine solche Art bezeichnet, daß diese Bezeichnung auf mehrere Verlaßgegenstände paßt (z. B. meine goldene Dose, deren der Erblasser aber mehrere besitzt), so steht, nach Analogie des §. 656, dem Erben die Wahl zu; nur muß er eine Sache wählen, wovon der Legatar Gebrauch machen kann [4]).

7. Ist in einem Testamente eine Zahl falsch geschrieben, und läßt sich erweisen, welche Zahl der Erblasser eigentlich gemeint hat, so muß wohl die Entscheidung wie bei einer irrigen Benennung oder Bezeichnung Platz greifen.

8. Aehnlich hiermit ist der Fall, wenn die Ziffer so undeutlich ist, daß man nicht entnehmen kann, welche Zahl sie bedeuten solle; wie, wenn z. B. der Zweifel

---

[1]) Savigny (Sistem Bd. 3, S. 258) nennt dieß die Erklärung ohne Willen und den dabei unterlaufenden Irrthum den unechten Irrthum.

[2]) Vgl. den von Dr. Wildner im Juristen Bd. 19, S. 200 dargestellten Rechtsfall, in welchem der Testator die Kinder seines Bruders, J. und P., zu Erben eingesetzt hatte, wobei sich aber zeigte, daß dieser Bruder gar keine Kinder hatte, sondern J. und P. nur Kinder seiner Gattin aus einer früheren Ehe waren. Der Verf. hält, wie uns scheint, mit vollem Rechte die Erbseinsetzung für ungiltig.

[3]) In diesem Sinne erfloß die Entscheidung über einen in der allg. österr. Ger. Ztg. (1854, Nr. 106) dargestellten Rechtsfall. Josef T. hatte in seinem am 11. Februar 1848 errichteten Testamente seine Geschwister zu Erben eingesetzt, welche aber bereits alle schon vor mehreren Jahren, mit Hinterlassung von Nachkommen, verstorben waren. Da dieser Umstand dem Erblasser bekannt war, so entschied das k. k. böhmische Oberlandesgericht und der k. k. oberste Gerichts- und Cassationshof, daß anzunehmen sei, der Testator habe bloß eine unrichtige Bezeichnung gewählt, und unter dem Ausdrucke „Geschwister" eigentlich die Nachkommen seiner Geschwister verstanden, unter welche daher der Nachlaß, seinem Willen gemäß, nach Stämmen zu vertheilen komme.

[4]) S. Nippel, Erläut. Bd. 4, S. 98.

entsteht, ob die Summe 100 fl. oder 700 fl. heiße. Nippel (Erläut. Bd. 4, S. 99) behauptet, wie uns scheint, ganz richtig, daß es hier darauf ankomme, wer bei einem dießfalls sich ergebenden Streite als Kläger aufzutreten hat. Ist diese Verpflichtung auf Seite des Legatars, so muß er sich mit der geringeren Summe begnügen; denn wollte er sich damit nicht zufrieden stellen, so müßte er darthun, daß die Ziffer einen höheren Betrag ausdrückte, was er aber wegen ihrer Undeutlichkeit zu thun außer Stande ist. Hätte hingegen der Legatar die höhere Summe bereits ausbezahlt erhalten, und wollte dann der Mehrbetrag, unter dem Vorgeben eines Verstoßes, wieder zurückgefordert werden, so würde dem Erben oder Verlassenschaftscurator der Beweis obliegen, daß die Ziffer nur den minderen Betrag ausdrücke, was er nach dem Falle der Voraussetzung ebenfalls zu thun außer Stande ist.

9. Wird der Irrthum durch den unredlichen Willen eines andern hervorgebracht oder benützt, so ist ein Betrug vorhanden, welcher außer den eben erörterten Wirkungen des Irrthums auch noch die Folge nach sich ziehen kann, daß derjenige, welcher den Erblasser zur Erklärung seines letzten Willens betrüglicher Weise verleitet hat, von dem Erbrechte als unwürdig (nach §. 542) ausgeschlossen wird.

§. 573.

5) Ordensgelübde;

Ordenspersonen sind in der Regel nicht befugt, zu testiren; allein, wenn der Orden eine besondere Begünstigung, daß seine Glieder testiren können, erlangt hat, wenn Ordenspersonen die Auflösung von den Gelübden erhalten haben, wenn sie durch Aufhebung ihres Ordens, Stiftes oder Klosters aus ihrem Stande getreten sind, oder wenn sie in einem solchen Verhältnisse angestellt sind, daß sie vermöge der politischen Verordnungen nicht mehr als Angehörige des Ordens, Stiftes oder Klosters angesehen werden, sondern vollständiges Eigenthum erwerben können; so ist es ihnen erlaubt, durch Erklärung des letzten Willens darüber zu verfügen.

1. Dem Säcular-Clerus ist in Folge der a. h. Entschl. v. 18. Juli 1778 und 8. Mai 1773 allgemein zugestanden, was immer für letztwillige Anordnungen zu errichten [1]).

2. Dagegen sind die Ordenspersonen in der Regel nicht befugt, zu testiren; was insbesondere auch nach der Hfkrgs. Circ. Vdg. vom 7. April 1818, W. 287 (Mil. G. S., S. 107) von jenen Ordensgeistlichen zu gelten hat, welche in der Militär-Seelsorge angestellt sind.

3. Von dieser Regel finden jedoch allerdings mehrere Ausnahmen statt, und zwar:

a) Wenn der Orden eine besondere Begünstigung, daß seine Glieder testiren können, erlangt hat. Dieß ist der Fall bei dem deutschen Orden; doch sind nach §. 12 des Pat. vom 28. Juni 1840 (Nr. 451 der J. G. S.) die letzten Willenserklärungen der Mitglieder des deutschen Ritterordens null und nichtig, wenn nicht der Hoch- und Deutschmeister entweder die besondere Genehmigung hierzu ertheilt, oder dem Ordensmitgliede im allgemeinen das Recht zur Errichtung eines letzten Willens eingeräumt hat. Die Erlaubniß zur Errichtung eines letzten Willens kann einem Ordensmitgliede nur bei Lebzeiten desselben ertheilt, wird aber ohne besondere Gründe nie verweigert werden. Die vor dem Eintritte in den Orden bereits errichteten letztwilligen Anordnungen sind nur dann giltig, wenn der Erblasser die Erlaubniß, zu testiren, nach seinem Eintritte von dem Hoch- und Deutschmeister erhalten hat. Das Ordens-Oberhaupt hat, wenn es einen letzten Willen zu errichten gesonnen ist, das Groß-Capitel des Ordens um Ermächtigung anzugehen. — Die Ordenspriester leben den aufhabenden Ordensgelübden gemäß gleich den Ordensrittern ohne Eigenthum. Sie bleiben jedoch im Genusse ihres schon besitzenden Vermögens; sie können auch nach ihrem Eintritte in den Orden freieigenes Vermögen

---

[1]) Tir. Gub. Vdg. vom 6. April 1805 in der Kropatschek'schen G. S. Bd. 20, S. 312.

erwerben. Es wird ihnen die bei dem Hoch- und Deutschmeister nachzusuchende Erlaubniß, zu testiren, nicht erschwert; doch ist jedesmal die Kirche, bei welcher der Ordenspriester sich befindet, mit einem Abfindungsbetrage zu bedenken (Hfkzld. vom 16. Jänner 1841, pol. G. S. Bd. 69, S. 10). Die in den Ordensconventen aufgenommenen deutschen Ordenspriester sind testirungsunfähig (Min. Vdg. v. 31. Decbr. 1866, Nr. 4 R. G. Bl. f. 1867). — Den Rittern des deutschen Ordens sind die Maltheser Ordensritter rücksichtlich der Testirungsfähigkeit gleichgehalten (Hfd. v. 11. December 1795, Nr. 268 der J. G. S.); von der, den Gliedern des priesterlichen Maltheser-Ordens-Conventes zu Prag früher zugestandenen Freiheit, zu testiren, hat es durch das Hfkzld. vom 22. Jänner 1818, Nr. 1408 der J. G. S., sein Abkommen erhalten, und zwar ohne Unterschied, ob sie sich in dem Ordens-Convente befinden, oder auf den Pfarren des Maltheser-Ordens angestellt sind.

b) Eine weitere Ausnahme findet dann statt, wenn eine Ordensperson die Auflösung von den Gelübden im Wege der Säcularisation erhalten hat (Hfkzld. v. 4. Jänner 1836, in der pol. G. S. Bd. 64, S. 4; Hfd. v. 17. August 1835, Nr. 76 der J. G. S., und vom 28. Dezember 1835, Nr. 111 ebd.), oder

c) wenn sie durch Aufhebung ihres Ordens, Stiftes oder Klosters aus dem Regularstande getreten ist (s. die oben angeführten Hfd., durch welche zugleich die in den älteren Gesetzen, namentlich in dem Pat. vom 20. Juni 1774 und vom 30. August 1782, Nr. 72 der J. G. S., dann in den Hfd. vom 26. October und 6. November 1786, und vom 1. und 12. December 1788 noch enthalten gewesenen Beschränkungen ihrer Testirungsfähigkeit aufgehoben wurden, so daß die Befugnisse derselben in Rücksicht der Verfügung über ihr Vermögen unter Lebenden, oder durch eine letztwillige Anordnung lediglich nach den allgemeinen Bestimmungen des a. b. G. B. zu beurtheilen sind). Mit den Ex-Nonnen und Ex-Mönchen sind nach der Hof-Entschl. vom 26. October 1786 (Kropatschek's G. S. Bd. 10, S. 658) auch die Ex-Laienbrüder, insoweit sie Gelübde haben, oder Pensionen genießen, sie mögen von den Jesuiten oder von andern aufgehobenen Orden sein, gleich zu behandeln.

d) Ein vierter Ausnahmsfall greift dann Platz, wenn der Ordensgeistliche in einem solchen Verhältnisse angestellt ist, daß er vermöge der politischen Verordnungen nicht mehr als Angehöriger des Ordens, Stiftes oder Klosters angesehen werden, sondern vollständiges Eigenthum erwerben kann. Dieß war früher der Fall bei den als Pfarrer oder Localcapläne angestellten Mönchen von jenen Orden, die keine stabilitatem loci oder besonders abgetheilte Stifter haben, als: Dominicaner, Franziscaner u. s. w., welche nach dem Hfd. vom 21. April 1786, Nr. 542 der J. G. S., über ihr aus den Eingängen einer solchen Pfründe erspartes oder sonst erworbenes Vermögen eine letztwillige Disposition errichten konnten; dann bei jenen Mönchen, die außer den Klöstern als Capläne, Cooperatoren, Vicarien, in der wirklichen Seelsorge angestellt wurden (Hfd. vom 22. December 1788, Nr. 939 der J. G. S.); ferner bei den Feldcaplänen, welche über das sog. peculium castrense, d. i. über jenes Vermögen, welches sie als Feldcapläne erworben hatten, testiren konnten, sowie bei jenen Ordensgeistlichen, welche ein von dem Orden unabhängiges, mit besonderen von dem Orden nicht verliehenen Genüssen verbundenes Amt, z. B. das eines öffentlichen Professors, erhielten [1]). Allein da die Canones den Regular-Clerus zur Ueberkommung einer Säcularpfründe, wie sie immer heißen mag, für unfähig erklären, und die Stifter und Klöster sich nie erholen, und zur beabsichtigten dauerhaften Subsistenz und Wirksamkeit gelangen könnten, wenn ihnen von Zeit zu Zeit die besseren und diensttauglicheren Mitglieder durch ihre allmälige Beförderung auf Säcularbeneficien entzogen würden, so verfügte das Hfkzld. vom 2. April 1802

---

[1]) S. Haimberger: Kurze kirchenrechtliche Bemerkungen zu den §§. 573 und 179 des a. b. G. B. (Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1838, II., S. 57).

(pol. G. S. Bd. 17, S. 70), daß in Hinkunft keinem Ordensgeistlichen mehr eine dergleichen Pfründe zu Theil werden dürfe; diejenigen aber, welche schon damals im Besitze einer solchen, oder als Cooperatoren angestellt waren, mußten binnen drei Monaten sich erklären, ob sie sich den Zurücktritt in ihre Stifter oder Klöster vorbehalten wollten oder nicht, damit die Bischöfe wußten, wer ihnen von den ausgesetzten lebenslänglich angehöre. Diese Verfügung war nach dem Hfkzld. vom 29. October 1803 (pol. G. S. Bd. 20, S. 115) auch auf jene Religiosen anzuwenden, welche vor dem 25. März 1802 als Feldcapläne angestellt worden waren. Wenn nun ein Ordensgeistlicher nach diesen Bestimmungen erklärte, nicht mehr in den Orden zurückkehren zu wollen, so sollte der Bischof ihm die Säcularisation entweder aus eigener Amtsvollmacht ertheilen, oder bei dem päpstlichen Stuhle unentgeltlich erwirken. Geschah dieses aber auch nicht, so müssen solche Personen, wenn deren noch am Leben sein sollten, immerhin als testirungsfähig angesehen werden. Im übrigen kann die Wirksamkeit dieser Bestimmung nur mehr dann eintreten, wenn ein Ordensgeistlicher Bischof wird, oder ein noch höheres kirchliches Amt, z. B. das eines Cardinals, erhält, da sonst (nach dem Hfd. vom 1. April 1818) weder ein Feldcaplan noch ein anderer Ordensgeistlicher über sein wie immer erworbenes Vermögen testiren darf.

4. Die Redemptoristen bilden vermöge ihrer a. h. Orts sanctionirten Verfassung eine congregatio presbyterorum saecularium, weil ihre Mitglieder nicht, wie bei andern Regular-Orden, die feierlichen Gelübde, sondern nur die einfachen ablegen, und demzufolge auch jederzeit wieder aus der Congregation ohne höhere Dispens austreten können. Sie besitzen somit, in Absicht auf die Testirungsfähigkeit, alle Rechte, welche ihnen einzeln als Weltpriester zustehen. Davon sind, wie sich von selbst versteht, jene Objecte ausgenommen, welche bei dem gemeinschaftlichen Leben der Congregation nur zum Gebrauche gegeben werden, als: Kleidungs- und Wäschstücke, Bücher, Zimmereinrichtung u. dgl. (Justizhfd. v. 9. Jänner 1843, Nr. 670 der J. G. S.).

5. Nach Art. XXI. des Concordates mit dem päpstlichen Stuhle (kundgem. durch das kais. Pat. v. 5. November 1855, Nr. 195 des R. G. Bl.) steht es den katholischen Erzbischöfen, Bischöfen und sämmtlichen Geistlichen frei, über das, was sie zur Zeit ihres Todes hinterlassen, nach den heiligen Kirchengesetzen zu verfügen. Bei Bischöfen, welche einen Kirchensprengel leiten, sind die bischöflichen Abzeichen und Kirchengewande ausgenommen, denn diese sind als zum bischöflichen Tafelgute gehörig anzusehen, und gehen auf die Nachfolger im Bisthume über. Dasselbe ist auch von den Büchern, dort wo es in Uebung ist, zu beobachten. Da bei der Abhandlung von Verlassenschaften einzelner Bischöfe über die Anwendung dieser Bestimmung sich Anstände ergeben haben, so wurde von dem Justizministerium und dem Ministerium für Cultus und Unterricht zur näheren Bestimmung des Artikels XXI des Concordates auf Grund des päpstlichen Breve vom 1. Juni 1847 nachstehende Erläuterung mit Min. Vdg. v. 7. Februar 1859, Nr. 33 des R. G. Bl., kundgemacht: Zu den Gegenständen, über die der Diöcesanbischof im Sinne des Artikels XXI des Concordates letztwillig nicht verfügen kann und die auch von seinen gesetzlichen Erben nicht in Anspruch genommen werden können, weil sie, und zwar auch dann, wenn der Diöcesanbischof durch die Cardinalswürde ausgezeichnet ist, als zum bischöflichen Tafelgute gehörig anzusehen sind und auf den Nachfolger im Bisthume übergehen, gehören laut §. 3 des päpstlichen Breve vom 1. Juni 1847: Infuln, Meßgewänder, Vespermäntel (Pluviale), Tunicellen, Dalmatiken, Pontificalschuhe und Handschuhe, Alben mit Gürteln, Humeralen u. dgl.; Meßbücher, Gradualbücher und solche, welche bei dem Choralgesange und bei der Figuralmusik zum Gebrauche dienen, Pontificalbücher, Meßcanon-Kelche, Patenen, Ciborien, Monstranzen, Rauchfässer, das Weihbrunngefäß mit dem Weihwedel, das Waschbecken mit der Kanne, die Gefäße für die heiligen Oele, die Wein- und Wasser-

kännchen mit den Tassen und dem Glöckchen, die Handleuchter, Pacificale, erzbischöfliche Kreuze, Altarleuchter mit dem Kreuze, der Pastoralstab, der Faltsessel und andere bei dem Gottesdienste in Verwendung kommende Sachen, sie mögen Paramente, Ornamente oder Gefäße sein, auch wenn dieselben ihrer Beschaffenheit nach zum profanen Gebrauche geeignet sind, sobald sie nicht bloß zufällig, sondern bleibend für den gottesdienstlichen Gebrauch und für die heiligen Functionen gewidmet worden sind. Ausgenommen hiervon und der freien Verfügung des Diöcesanbischofes anheimgestellt, oder in Ermanglung einer solchen zum Intestatnachlasse gehörig sind die Ringe und Pectoralkreuze, auch wenn darin heilige Reliquien eingeschlossen sind, dann jene wie immer Namen habenden gottesdienstlichen Geräthschaften, rücksichtlich derer der rechtskräftige Beweis hergestellt wird, daß sie der verstorbene Bischof mit Geldmitteln, die nicht zur Kirche gehören, beigeschafft habe, und nicht feststeht, daß dieselben der Kirche geschenkt worden sind. Zur Herstellung der erforderlichen Evidenz= sind die Bischöfe durch das päpstliche Breve v. 1. Juni 1847 verpflichtet worden, in authentischer Form ein Inventarium über die bei ihrer Kirche oder Capelle vorfindlichen gottesdienstlichen Geräthschaften zu führen, in welchem sie wahrheitsgetreu anzugeben haben, wann dieselben beigeschafft wurden, wobei insbesondere anzumerken ist, welche Gegenstände sie sich aus den Erträgnissen und Einkünften von kirchlichem Gute beigeschafft haben, indem sonst die Vermuthung Platz greifen würde, daß alle diese Geräthschaften aus den Einkünften von kirchlichem Gute beigeschafft worden seien. Zufolge des bezogenen päpstlichen Breves sollen ferner, wenn ein Bischof nach und nach zweien oder mehreren Diöcesen vorgestanden ist, die seiner freien Verfügung und seinen gesetzlichen Erben entzogenen gottesdienstlichen Geräthschaften unter die Cathedralkirchen dieser Diöcesen vertheilt und dabei die Einkünfte der verwalteten Bisthümer und die Dauer des Besitzes der einzelnen bischöflichen Pfründen zum Maßstabe genommen werden. Nur wenn es nachweisbar ist, daß ein Bischof, welcher nach und nach mehreren Diöcesen vorgestanden ist, alle erwähnten Geräthschaften bloß aus dem Einkommen der bischöflichen Pfründe einer dieser Diöcesen beigeschafft habe, soll diese Theilung unterbleiben und sind diese Geräthschaften der Cathedralkirche jener Diöcese zu überweisen, deren bischöfliche Pfründe das Einkommen geliefert hat, aus welchem die Anschaffungskosten bestritten worden sind. Wenn endlich ein Bischof zu gleicher Zeit zwei oder mehreren mit einer eigenen Cathedralkirche und mit einem eigenen Capitel versehenen Diöcesen vorgesetzt ist, welche mit einander vereiniget oder von denen eine oder mehrere dem Bischofe zur immerwährenden Verwaltung überwiesen sind, so hat in Gemäßheit der mehrerwähnten päpstlichen Breves in dem Falle, wenn das Einkommen des bischöflichen Sitze dieser Diöcesen ungetheilt ist, und für immerwährende Zeiten nur Ein bischöfliches Tafelgut ausmacht, die gleichmäßige Vertheilung der in Rede stehenden gottesdienstlichen Geräthschaften unter die einzelnen Cathedralkirchen zu geschehen; wogegen bei abgesondertem Einkommen der bischöflichen Pfründen der einzelnen Diöcesen diese Geräthschaften den einzelnen Cathedralkirchen nach dem Verhältnisse des Erträgnisses der bischöflichen Sitze derselben zugewiesen werden sollen.

Da durch Art. I des Ges. v. 7. Mai 1874, Nr. 50 des R. G. Bl., betreffend die Regelung der äußeren Rechtsverhältnisse der katholischen Kirche, das Concordat aufgehoben wurde, das Gesetz selbst aber über das Testirungsrecht der Bischöfe keine Verfügung enthält, so ist die weitere Anwendbarkeit der vorstehenden Min. Vdg. mindestens zweifelhaft.

6. In der Militärgränze können nach dem s. g. Declaratorium illyricum vom 16. Sept. 1779, Art. 5 und 18, der Erzbischof und Carlowitzer Metropolit, so wie die andern griechisch=nichtunirten Bischöfe nur über die Hälfte ihres erworbenen Vermögens, und auch über diese nur zu Gunsten österreichischer Staatsangehörigen verfügen. Die niedere Geistlichkeit ist in Bezug auf die Testirungsfähigkeit den Laien gleichgestellt, nur darf ein Deficient über nicht mehr als ein Drittheil seines im geistlichen Stande erworbenen Vermögens testiren.

7. Jene Ex-Religiosen, welche aus dem ungarischen Studien- oder Religionsfonde pensionirt sind, und zu keinem in Ungarn noch bestehenden Convente ihres Ordens mehr gehören, haben das freie Testirungsrecht in Beziehung auf ihr bewegliches und unbewegliches Vermögen in den nicht ungarischen Ländern, jedoch in der Art, daß davon keine Vermächtnisse über die Gränze des österreichischen Kaiserstaates gebracht werden dürfen (Hfd. v. 10. Jänner 1810, Nr. 898 der J. G. S.).

§. 574.

6) schwere Criminalstrafe.

Ein Verbrecher, der zur Todesstrafe verurtheilt worden, kann von dem Tage des ihm angekündigten Urtheiles; wenn er aber zur schwersten, oder schweren Kerkerstrafe verurtheilt wird, so lange seine Strafzeit dauert, keine giltige Erklärung seines letzten Willens machen.

Der §. 574 ist rücksichtlich der von den Civilstrafgerichten nach dem allg. Str. G. abgeurtheilten Verbrecher durch §. 5 des Gef. v. 15. Nov. 1867, Nr. 131 des R. G. Bl., aufgehoben. Die in den §§. 45, 46, 47 des Militär-Str. G. als Folge der Verurtheilung zur Todes- oder schweren Kerkerstrafe angeordnete Testirungsunfähigkeit bleibt aber für die nach dem Mil. Str. G. verurtheilten Personen aufrecht. Werden im Landwehrverbande stehende Personen während der activen Dienstleistung von dem Militärgerichte wegen eines nicht militärischen Verbrechens abgeurtheilt, so treten die in den §§. 45 bis 48 des Mil. Str. G. bestimmten Folgen der Verurtheilung bei ihnen nicht ein (§. 1 des Gef. v. 23. Mai 1871, Nr. 45 R. G. Bl.). Dieselbe Ausnahme wie bei der Landwehr gilt nach §. 10 des Gesetzes v. 26. Februar 1876, Nr. 19 des R. G. Bl., auch für die Gendarmerie.

---

1. Außerdem sind noch die ohne Bewilligung Ausgewanderten und nach dem Patente vom 24. März 1832, Nr. 2557 J. G. S., sonach der unbefugten Auswanderung schuldig Erkannten nach §. 10, lit. c ebendaselbst unfähig, einen letzten Willen zu errichten, da sogar jede früher gemachte testamentarische Anordnung derselben rücksichtlich ihres in Oesterreich befindlichen Vermögens ungiltig wird. (Siehe die Bemerkung bei §. 356 im I. Bande dieses Werkes, S. 435.)

2. Ingleichen bestimmt das Hfd. vom 21. Februar 1842, Nr. 599 der J. G. S., daß ein Deserteur vom Tage seiner Entweichung bis zu seiner Stellung oder Einlieferung aller bürgerlichen Rechte verlustig, somit auch über sein rückgelassenes Vermögen weder unter Lebenden, noch auf den Todesfall zu verfügen berechtiget ist [1]).

§. 575.

Zeitpunct der Giltigkeit der Anordnung.

Ein rechtsgiltig erklärter letzter Wille kann durch später eintretende Hindernisse seine Giltigkeit nicht verlieren.

§. 576.

Einen anfänglich ungiltigen letzten Willen macht die später erfolgte Aufhebung des Hindernisses nicht giltig. Wird in diesem Falle keine neue Verfügung getroffen; so tritt das gesetzliche Erbrecht ein.

1. Zur Giltigkeit einer letztwilligen Anordnung ist erforderlich, daß der Erblasser zur Zeit ihrer Errichtung zu testiren fähig gewesen sei. War dieß der Fall, so verliert der rechtsgiltig erklärte letzte Wille seine Giltigkeit nicht, wenn auch später Hindernisse eintreten, welche den Erblasser unfähig machten, zu testiren, wie wenn er z. B. den Gebrauch des Verstandes verlor, gerichtlich als Verschwender erklärt wurde, in einen geistlichen Orden trat, oder wegen eines Verbrechens zur Todesstrafe oder schweren Kerkerstrafe verurtheilt wurde [2]). Eine Ausnahme findet statt: a) bei dem Eintritte in den deutschen Ritterorden, indem nach §. 12 des

---

[1]) Vgl. auch §. 208, lit. a und b des Milit. Straf-Gef.

[2]) Auch §. 27, lit. b des St. G. B. verfügte ausdrücklich, daß die vorigen Anordnungen des Verbrechers wegen der Strafe ihre Giltigkeit nicht verlieren.

Pat. v. 28. Juni 1840, Nr. 451 der J. G. S., die vor diesem Eintritte errichteten letztwilligen Anordnungen nur dann giltig bleiben, wenn der Erblasser die Erlaubniß zu testiren nach seinem Eintritte von dem Hoch- und Deutschmeister erhalten hat; b) bei der unbefugten Auswanderung, durch welche nach §. 10 des Pat. vom 24. März 1832 jede früher gemachte testamentarische Anordnung rücksichtlich des in Oesterreich befindlichen Vermögens ungiltig wird; endlich c) wie es scheint, auch im Falle der Desertion, da der §. 11 des Hfd. v. 21. Februar 1842 ohne Unterschied verfügt, daß nach dem natürlichen Tode eines nicht zurückgekehrten Deserteurs das sequestrirte Vermögen seinen gesetzlichen Erben hinauszugeben sei.

2. Sollte ein Zweifel darüber entstehen, ob die vorgefundene letztwillige Anordnung vor oder nach dem Zeitpunkte der eingetretenen Unfähigkeit des Testators errichtet wurde, wie wenn z. B. nach dem Tode eines gerichtlich erklärten Verschwenders ein Testament ohne Datum vorhanden wäre, so läge der Beweis der Ungiltigkeit demjenigen ob, der sie behauptet, und zwar schon nach allgemeinen processualischen Grundsätzen, weil die Ungiltigkeit immer auf einer Thatsache beruht, welche von demjenigen bewiesen werden muß, der sie anführt, und ein Recht daraus für sich ableitet; weiters aber auch deßhalb, weil die Unfähigkeit des Testators eine Ausnahme von der Regel ist, die nicht vermuthet werden kann (§. 17).

3. War anderseits der Erblasser zur Zeit der Errichtung seines letzten Willens zu testiren unfähig, so macht den anfänglich ungiltigen letzten Willen die später erfolgte Aufhebung des der Testirungsfähigkeit entgegenstehenden Hindernisses nicht giltig. Es muß also, da eben keine giltige letzte Willenserklärung vorhanden ist, die gesetzliche Erbfolge eintreten (§§. 727 und 728).

§. 577.

II. Aeußere Form der Erklärungen des letzten Willens;

Man kann außergerichtlich oder gerichtlich, schriftlich oder mündlich; schriftlich aber mit oder ohne Zeugen testiren.

1. Die äußere Form der letztwilligen Anordnungen hatte selbst schon im römischen Rechte mancherlei Umgestaltungen erfahren. Die alte Mancipationsform wurde verlassen, und namentlich die Form der s. g. Privat-Testamente durch neuere kaiserliche Constitutionen geregelt; immer aber blieben die römischen Testamentsformen noch sehr verwickelt, so daß sich auch nach der Verbreitung des römischen Rechtes in Deutschland noch vielfältig das Bedürfniß herausstellte, auf einfachere Principien dabei zurück zu gehen, die sich denn auch häufig in besonderen Statuten ausgesprochen finden. Auch das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch ist dießfalls dem älteren österreichischen Rechte gefolgt[1]). Es war bemüht, für die Errichtung letztwilliger Anordnungen zwar solche Formen vorzuschreiben, welche eine genügende Bürgschaft für die Echtheit des letzten Willens darbieten, gefährlichen Einwirkungen auf den Testator im Augenblicke seiner Verfügung möglichst vorbeugen, und ihn auch durch eine gewisse Feierlichkeit an die Wichtigkeit seiner Handlung erinnern, anderseits aber auch die Erklärung eines letzten Willens nicht ohne Noth zu erschweren, da es sonst nur allzuhäufig geschehen kann, daß der Erblasser nicht in der Lage ist, die vom Gesetze geforderten Förmlichkeiten zu beobachten.

2. Die Erklärungen des letzten Willens müssen, in Beziehung auf ihre äußere Form, zuvörderst in die nicht begünstigten (§§. 578—596) und in die begünstigten (§§. 597—600) letzten Anordnungen eingetheilt werden. Außerdem kann sowohl gerichtlich (§§. 587—590) als außergerichtlich (§§. 578—586), und im letzteren Falle auch insbesondere vor einem Notar testirt werden. Beide, sowohl die gerichtlichen als die außergerichtlichen letztwilligen Anordnungen können aber wieder schriftlich

---

[1]) S. Vossius, Legum et Consuetudinum austriacarum cum jure Romano collatio. Vind. 1774. — Finsterwalder, Practicarum observationum Lib. II. Salisburgi. 1729. — Suttinger, Consuetudines austriacae. Norimbergae. 1718.

(§§. 578—584 und §. 587) oder mündlich (§§. 585 und 586 und §. 588 errichtet werden; die außergerichtlichen schriftlichen Testamente zerfallen endlich in die ohne Zeugen errichteten (testamenta holographa) und in jene, zu deren Errichtung Zeugen beigezogen werden (testamenta allographa).

§. 578.

2) der außergerichtlichen schriftlichen;

Wer schriftlich und ohne Zeugen testiren will, der muß das Testament oder Codicill eigenhändig schreiben, und eigenhändig mit seinem Namen unterfertigen. Die Beisetzung des Tages, des Jahres und des Ortes, wo der letzte Wille errichtet wird, ist zwar nicht nothwendig, aber zur Vermeidung der Streitigkeiten räthlich.

1. Gegen die Zulassung außergerichtlicher, ohne Zeugen errichteter letzter Willenserklärungen haben sich schon mehrmals gewichtige Stimmen erhoben, weil hier die Gefahr einer Verfälschung weit eher eintritt, als bei andern Urkunden, zumal sie erst zu einer Zeit wirksam werden, wo der (angebliche) Aussteller derselben ihre Echtheit nicht mehr widersprechen kann. Die österreichische Gesetzgebung wollte sie aber dennoch nicht ganz verwerfen, weil es manchem erwünscht sein kann, seinen letzten Willen vor jedermann geheim zu halten, oder mit Muße daran zu ändern; nur begnügte man sich nicht mit der, in den Gerichtsordnungen zur Beweiskraft einer Privaturkunde in der Regel für hinreichend erkannten Unterschrift des Ausstellers [1]), sondern forderte zur mehreren Sicherheit, daß das Testament oder Codicill auch eigenhändig geschrieben sein müsse, um die Gefahr der Nachmachung oder Verfälschung möglichst hintanzuhalten.

2. Hätte der Erblasser einen Theil seines letzten Willens eigenhändig geschrieben, einen Theil aber von einer andern Person niederschreiben lassen, und den ganzen Aufsatz, ohne Zuziehung von Zeugen unterschrieben, so scheinen doch jene Anordnungen giltig zu sein, welche in dem eigenhändig geschriebenen Theile enthalten sind [2]).

3. Ein wesentliches Erforderniß eines solchen Testamentes oder Codicilles ist die eigenhändige Unterschrift, weil ohne diese der Aufsatz nicht als vollendet angesehen werden könnte, sondern vielmehr als ein bloßer Entwurf zu betrachten wäre; hierbei scheint es aber nicht nothwendig zu sein, daß der Testator seinen Vor- und Zunamen beisetze, sondern es dürfte der letztere allein genügen, weil die Textirung des westgalizischen Gesetzbuches, welches im §. 373 des II. Thls. forderte, daß der Erblasser sich mit seinem Vor- und Geschlechtsnamen unterzeichne, in unserem bürgl. G. B. gewiß nicht ohne Absicht verlassen wurde. Die Unterfertigung des Namens mit hebräischer oder jüdischer Schrift kann nach den Hfd. v. 20. December 1842, Nr. 663 der J. G. S., und v. 19. Februar 1846, Nr. 938 ebd., nur als Handzeichen angesehen werden.

4. Der Begriff der Unterschrift bringt es mit sich, daß die Beisetzung des Namens nicht etwa im Eingange der Urkunde, oder an einer andern beliebigen Stelle, sondern am Schlusse des Aufsatzes erfolge; immerhin würden aber, wenn einzelne Theile desselben (z. B. einzelne §§. oder Blattseiten eines Bogens) mit der Unterschrift versehen wären, und aus den Umständen hervorginge, daß der Testator sie durch die Unterfertigung zu abgeschlossenen, für sich bestehenden Erklärungen erheben wollte [3]), die darin enthaltenen Verfügungen als giltig erscheinen, während die nicht unterschriebenen Theile für ungiltig angesehen werden müßten [4]).

---

[1]) S. §. 114 der a., §. 182 der gal. und §. 172 der ital. G. O.

[2]) Anderer Meinung ist Unger, Erbrecht S. 49, Anmerk. 6.

[3]) S. Unger, Erbrecht S. 47, Anmrkg. 1. — Anderer Meinung ist Füger, Erbrecht Bd. 1, S. 6.

[4]) Ottavio A. hinterließ eine von seiner Hand geschriebene, vierthalb Seiten füllende letztwillige Verordnung, welche nur am Ende der ersten Seite mit seiner Unterschrift versehen war. Auf dieser ersten Seite fand sich die Einsetzung zweier Erben; hierauf folgten mehrere anderweitige Verfügungen, von denen nur drei Zeilen, die aber für sich keinen abgeschlossenen Sinn bildeten, auf der ersten Seite geschrieben standen; der Schluß des ersten Satzes folgte auf der zweiten Seite, die, sowie die dritte und vierte, bemerktermaßen nicht

5. Die Beisetzung des Datums, die nur oft aus bloßer Vergessenheit unterlassen wird, hat das Gesetz nicht für nöthig, aber immerhin für räthlich erklärt, indem dadurch mancher Zweifel über den Sinn der von dem Erblasser getroffenen Anordnungen behoben, und wenn mehrere Urkunden vorfindig sind, über das Alter derselben, das nach den §§. 713—715 oft von Wichtigkeit ist, entschieden werden kann.

6. Noch weniger ist die Beidrückung eines Siegels, mit dem nicht jedermann versehen ist, erforderlich.

7. Auch das Materiale, auf welchem die Ausfertigung eines letzten Willens erfolgte, ist gleichgiltig; so wurde z. B. ein Testament aufrecht erhalten, welches in ein Contobuch des Testators geschrieben war.

8. Dasselbe gilt von der Sprache und Schrift, in welcher das Testament errichtet wird, mit Ausnahme der hebräischen und jüdischen Sprache oder Schrift nach den oben (Z. 3) angeführten Gesetzen.

9. Der §. 115 d. a. G. O.[1]) verfügt, daß „wenn eine Urkunde aus mehreren Bogen besteht, alle mit einem Faden oder mit einer Schnur zusammengeheftet, beide Enden mit hartem Siegelwachse festgemacht, und das Petschaft des Ausstellers daraufgedruckt sein soll, widrigens der Bogen, welcher hat unterschoben werden können, keinen Glauben verdiene.“ Man zweifelt nun, ob diese Vorschrift auch auf letzte Willenserklärungen anwendbar sei, da das XIII. Capitel der G. O. bloß von solchen Urkunden spreche, welche für oder wider die Person ihrer Aussteller zum Beweise dienen sollen, während eine schriftliche letzte Willenserklärung ihre Beweiskraft nur gegen dritte Personen äußert, daher unter die in der G. O. bezeichneten Beweisurkunden nicht subsumirt werden kann, da ferner das b. G. B. sich nicht insbesondere dießfalls auf die Vorschriften der Gerichtsordnung bezogen hat, wie dieß doch rücksichtlich der äußeren Förmlichkeiten einer Schuldurkunde im §. 1001 geschehen ist. Die Bestimmung der äußern Form der Testamente bilde vielmehr einen Gegenstand des a. b. G., durch welches alle früheren hierauf bezüglichen Anordnungen (mithin auch der §. 115 der a. G. O.) nach Inhalt des IV. Absatzes des Kundmachungs-Patentes aufgehoben wurden; hiermit stehe auch der §. 601 des a. b. G. B. im Einklange, welcher die Ungiltigkeit der letzten Willenserklärungen nur auf die Außerachtlassung der hier (d. i. im bürg. Gesetzbuche) vorgeschriebenen Erfordernisse verhängt[2]). Nichtsdestoweniger scheinen uns die Gründe, welche für die gegentheilige Ansicht vorgebracht werden, überwiegend. Der §. 115 der a. G. O. spricht nämlich von brieflichen Urkunden im allgemeinen, unter welche auch die schriftlichen Erklärungen eines letzten Willens gezählt werden müssen. Die Bestimmungen in Betreff der Form der Beweisführung gehören überhaupt nicht zu den Gegenständen des bürgerlichen Gesetzbuches; dieses wollte daher auch den in der Gerichtsordnung darüber enthaltenen Vorschriften nicht derogiren; hiermit steht nicht im Widerspruche, daß es in einzelnen Fällen außer den dort angegebenen allgemeinen auch noch anderweitige specielle Erfordernisse festsetzte, welche vermöge der

---

unterschrieben war. Die von den Intestaterben bestrittene Erbseinsetzung wurde von dem obersten Gerichts- und Cassationshofe mit Erkenntniß vom 14. Oct. 1852, Z. 9472, als giltig erkannt und aufrecht erhalten (allg. österr. Ger. Ztg. 1852, Nr. 138). In einem ähnlichen Falle hatte M. ein eigenhändig geschriebenes Testament hinterlassen, auf dessen erster unterschriebener Seite A zum Erben eingesetzt war, mit dem Auftrage, „nachstehende Bestimmungen“ auszuführen. Diese Bestimmungen selbst folgten auf den späteren Seiten, welche nicht unterschrieben waren. Der oberste Gerichtshof erkannte mit Entschdg. v. 12. Mai 1858, Z. 4753, in Nr. 13 der Ger. Halle v. J. 1858) auf Ungiltigkeit der letzterwähnten „Bestimmungen“ (Legate). — „Eben daß der Testator die erste Seite unterschrieb — sagen die Entscheidungsgründe — da er doch die Beendigung des ganzen Actes hätte abwarten und sich auf eine Unterschrift für das Ganze hätte beschränken können, zeigt, daß er die Bedeutung und Wichtigkeit der Unterschrift richtig auffaßte . . . Wenn er dann dennoch diese Vorsicht bezüglich des zweiten Theiles nicht gebrauchte, muß man daraus wohl schließen, daß er in Bezug auf denselben noch keinen definitiven Entschluß gefaßt hatte. Jedenfalls ist die Form unerläßlich, und ihre Unterlassung hat die Nichtigkeit des Actes zur Folge.“

[1]) Hiermit stimmt auch §. 184 der galiz. und §. 174 der ital. G. O. überein.

[2]) S. Kalessa (Dr. Fr.), Civilrechtsfall über die Anwendung des §. 115 der a. G. O. auf Testamente (Jurist, Bd. 1, S. 18). — Tschulik, Specialentscheidung in Betreff der Frage: Ob der §. 115 der a. G. O. auf schriftliche letztwillige Anordnungen anzuwenden sei? (Ebd. Bd. 8, S. 387). — Unger Erbrecht, S. 49, Anmerkg. 9.

Eigenthümlichkeit des Geschäftes sich als nothwendig darstellen. Nun zeigt sich überall die Tendenz der Gesetzgebung, für letzte Willenserklärungen strengere Anordnungen zu treffen, als für andere Urkunden, weil hier die Gefahr einer Unterschiebung oder Verfälschung ungleich größer ist; es wäre daher nicht abzusehen, warum gerade in Ansehung der Zusammenheftung und Siegelung mehrerer Bögen eines Testamentes oder Codicilles die durch die Natur der Sache gebotenen Vorsichten nicht sollten beobachtet werden müssen. Der Umstand, daß besonders auf dem Lande Petschaft und Siegelwachs oft nicht zur Hand wären, kann nur die Folge haben, daß der Erblasser, wenn er die Vorschriften der Gerichtsordnung zu befolgen außer Stande ist, wenigstens jeden Bogen eigenhändig unterschreiben müsse, wodurch (mindestens in der Regel) die Möglichkeit einer Einschiebung einzelner Bögen ausgeschlossen wird. Was endlich die Verfügung des §. 601 anbelangt, so wollte dieselbe nur den Unterschied hervorheben, der zwischen den eigentlichen Erfordernissen für letzte Willenserklärungen und jenen besteht, die bloß der Vorsicht des Erblassers überlassen worden sind; es war aber keineswegs die Absicht des Gesetzgebers, damit anzudeuten, daß sämmtliche Erfordernisse einer letztwilligen Anordnung in den vorhergehenden §§. des b. G. B. vollständig enthalten seien, sondern die Worte „hier vorgeschriebenen . . . Erfordernisse" lassen vielmehr erkennen, daß auch noch anderswo (nämlich in der Gerichtsordnung) Vorschriften über die, bei der Errichtung eines letzten Willens zu beobachtenden Förmlichkeiten vorkommen. Man setzt also das zu beweisende geradezu als schon bewiesen voraus, wenn man die Bestimmung des §. 601 umkehrt und behauptet, daß, insofern der Erblasser nur die in dem a. b. G. B. vorgeschriebenen Erfordernisse beobachtet hat, die letzte Willenserklärung jedenfalls giltig sei [1]). Immerhin stimmen wir aber der Ansicht bei, daß in dem Falle, als der Beweis hergestellt würde, daß ungeachtet der nicht vorschriftmäßigen Zusammenheftung mehrerer Bögen eines Testamentes oder Codicilles keiner davon unterschoben werden konnte (weil sie z. B. in einem Kästchen verschlossen waren, zu welchem nur der Erblasser den Schlüssel hatte, u. dgl.), die letzte Willenserklärung ihrem vollen Umfange nach giltig sei [2]).

§. 579.

Einen letzten Willen, welchen der Erblasser von einer anderen Person niederschreiben ließ, muß er eigenhändig unterfertigen. Er muß ferner vor drei fähigen Zeugen, wovon wenigstens zwei zugleich gegenwärtig sein sollen, den Aufsatz als seinen letzten Willen bestätigen. Endlich sollen auch die Zeugen sich entweder inwendig, oder von außen, immer aber auf die Urkunde selbst, und nicht etwa auf einen Umschlag, als Zeugen des letzten Willens unterschreiben. Den Inhalt des Testamentes hat der Zeuge zu wissen nicht nöthig.

1. Hat der Erblasser seinen letzten Willen nicht eigenhändig geschrieben,

---

[1]) S. den in Nr. 22 der Ger. Halle v. J. 1858 mitgetheilten Rechtsfall, und die Entscheidung des Oberlandesgerichtes Wien v. 11. Decemb. 1843, Z. 11762. In den Gründen derselben wird für die von uns vertheidigte Ansicht noch ferner geltend gemacht, daß nach §. 579 des a. b. G. B. der Erblasser bei einem letzten Willen, den er von einer andern Person schreiben ließ, den Aufsatz vor drei fähigen Zeugen als seinen letzten Willen bestätigen muß, und daß sich die Zeugen inwendig oder von außen, immer aber auf die Urkunde selbst, und nicht auf einen bloßen Umschlag als Zeugen unterschreiben sollen. Hiernach wird bei einem letzten Willen, der aus mehreren Bogen besteht, erfordert, daß er auf eine solche Art eingerichtet sei, daß er als ein Aufsatz, als eine Urkunde sich darstellt, und daß die Fertigung der Zeugen, wenn sie entweder von innen oder von außen erfolgt ist, auf der ganzen Urkunde und nicht bloß auf einem Stücke derselben erscheint, was aber nur dann der Fall ist, wenn der Erblasser und die Zeugen einen jeden Bogen des letzten Willens unterfertigen, oder dieser nach Vorschrift des §. 115 der G. O. geheftet wurde.

[2]) In einem, in Nr. 27 der Ger. Halle v. J. 1859 mitgetheilten Rechtsfalle hatte der Kläger ein Testament mit Berufung auf §. 115 der a. G. O. aus dem Umstande angefochten, daß das aus drei Bogen bestehende Testament nicht geheftet und gesiegelt sei, und daß jene Bogen, welche die wesentlichsten letztwilligen Anordnungen enthalten, keinen Glauben verdienten, weil sie unterschoben werden konnten. Der oberste Gerichtshof erkannte, daß der alle Urkunden umfassende §. 115 der a. G. O. auch auf außergerichtliche schriftliche letzte Willenserklärungen Anwendung habe, da diese Gattung Urkunden von der allgemeinen Regel nicht ausgenommen sind, und das Gesetz für die Giltigkeit derselben strengere Vorschriften festsetze, als für andere Privaturkunden; — er hielt jedoch den von dem Beklagten angebotenen Beweis durch Kunstverständige mittelst Vergleichung der Handschrift des Verstorbenen über die Frage, ob die ersten beiden Bogen des Testamentes unterschoben sein konnten, oder ob auch diese vom Erblasser eigenhändig geschrieben seien, für relevant und ulässig. (Entscheidg. vom 17. Mai 1859, Z. 4323.)

sondern von einer andern Person niederschreiben lassen, sei es, daß er ihr denselben dictirte, oder sie zu dessen Abfassung nach seinen Angaben ermächtigte, so muß er doch jedenfalls seine eigenhändige Unterschrift beisetzen, wodurch er eben den Aufsatz, als seinem Willen entsprechend, anerkennt, und ihn gleichsam für vollendet erklärt. Hierbei kommen die zu dem vorhergehenden §. gemachten Bemerkungen zu wiederholen.

2. Das Gesetz begnügt sich aber aus den oben (S. 184) angegebenen Gründen nicht bloß mit der Unterschrift des Testators, sondern es fordert auch noch die Beiziehung von drei fähigen Zeugen, wiewohl sonst nach den Vorschriften der Gerichtsordnung [1]) die Mitfertigung von zwei Zeugen genügt, und auch die ältere österreichische Gesetzgebung meist nur die Gegenwart zweier Zeugen forderte [2]).

3. Welche Zeugen als fähige zu betrachten seien, ist hier nicht nach den allgemeinen Vorschriften der Gerichtsordnung, sondern nach den besonderen Bestimmungen der §§. 591—596 des b. G. B. zu beurtheilen.

4. Der Erblasser muß vor den drei Zeugen bestätigen, daß der von ihm unterfertigte Aufsatz seinen letzten Willen enthalte. Diese Bestätigung muß auf eine klare und deutliche Weise (vgl. §. 565) erfolgen; sie kann allerdings auch in der Form der Bejahung einer dießfalls gestellten Frage stattfinden [3]); ein bloßes Kopfnicken aber, das auch nur durch einen Zufall erregt werden kann, würde nicht genügen [4]); und ebensowenig könnte es als hinreichend angesehen werden, wenn ohne die in Frage stehende Bestätigung lediglich die Unterschrift des angeblichen Testators in Gegenwart der Zeugen auf eine Urkunde gesetzt wurde, welche sich schließlich ihrem Inhalte nach als eine letztwillige Anordnung herausstellt [5]), da auch

---

[1]) §§. 114 und 116 der a., §§. 182 und 185 der galiz. und §§. 172 u. 175 der ital. G. O.

[2]) Vgl. die Constitutio Albertina vom 14. März 1526 im Codex austr. Bd. 2, S. 488, und das Hfd. v. 4. September 1771.

[3]) Ein schriftliches Testament wurde vom Bruder der Erblasserin aus dem Grunde bestritten, daß sie die ausdrückliche im §. 579 des a. b. G. B. geforderte Erklärung nicht abgegeben habe, da sie auf die Frage, ob die vorliegende Urkunde ihren letzten Willen enthalte, nur mit einem einfachen „ja" geantwortet habe. Durch die Aeußerungen der darüber vernommenen Zeugen wurde constatirt, daß die Erblasserin auf die oben angeführte Frage mit „ja wohl" in Gegenwart aller drei Zeugen geantwortet, und ebenso in Gegenwart aller drei die Urkunde unterzeichnet habe. Das Testament wurde mit Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 26. August 1857, Z. 6070, für giltig erkannt, indem aus der Vernehmung der Zeugen hervorging, daß die Vorschrift des §. 579 dabei beobachtet worden sei (allg. österr. Ger. Ztg. J. 1858, Nr. 117 und Glaser's und Unger's Sammlung, Nr. 428). — In einem andern Falle gab von den drei Testamentszeugen der eine an, daß er den beiden andern Zeugen den Aufsatz in Gegenwart des Erblassers als den letzten Willen desselben vorgewiesen, und ihnen eröffnet habe, daß sie solchen als Zeugen zu unterfertigen hätten. Der Erblasser habe dann mit ihnen ein Gespräch angefangen und zu ihnen gesagt, sie mögen sich darauf unterschreiben. Der zweite Zeuge erklärte, der Erblasser habe den als seinen letzten Willen vorgewiesenen Aufsatz mit „ja" und mit Kopfnicken als solchen bestätigt; der dritte Zeuge hatte das „ja" nicht vernommen, wohl aber das Kopfnicken gesehen. Der oberste Gerichtshof erkannte das Testament mit Entscheidung v. 12. Mai 1858, Z. 4748, für giltig an (allg. österr. Ger. Ztg. J. 1861, Nr. 24 und Glaser's und Unger's Sammlg. Nr. 562). — Vgl. auch die Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 4. März 1857, Z. 1724, in Haimerl's Mag. Bd. 16. S. 510, und in Glaser's und Unger's Sammlg. Nr. 306.

[4]) Der aus Anlaß einer Klage auf Ungiltigkeitserklärung eines Testaments durchgeführte Zeugenbeweis ergab: daß der Erblasserin das angefochtene Testament in Gegenwart der drei Zeugen vorgelesen, und daß dieselbe befragt worden sei, ob dieß ihr letzter Wille sei und ob die Zeugen den Aufsatz fertigen sollen. Hierauf habe die Erblasserin zwar nicht geantwortet, aber durch Kopfnicken ihre Zustimmung zu erkennen gegeben und den Aufsatz gefertiget, worauf auch die Zeugen unterschrieben. Das Testament wurde durch Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 23. Octob. 1855, Z. 10425 (allg. österr. Ger. Ztg. J. 1859, Nr. 80), als ungiltig verworfen, weil die im §. 579 des a. b. G. geforderte Bestätigung als nicht vorhanden erkannt wurde: denn . . . „die Kopfbewegung der Erblasserin vermag (abgesehen davon, daß dieselbe durch einen anderweitigen Zufall erregt worden sein konnte) die gesetzlich geforderte bestimmte, daher ausdrückliche Bestätigung und Erklärung der Erblasserin nicht zu ersetzen; der Umstand, daß der Testamentsaufsatz der Erblasserin vorgelesen wurde, trägt nicht bei, das Nicken mit dem Kopfe als eine bestätigende Erklärung anzuerkennen." Vgl. auch den von Dr. M. im Juristen (Bd. 8, S. 422) dargestellten Rechtsfall. In demselben fanden zwei der mitgefertigten Testamentszeugen, als sie in das Zimmer des Testators traten, das Testament bereits vom Erblasser und einem (dem dritten) Testamentszeugen unterfertigt, auf einem Tische liegen. Der Erblasser war schon so schwach, daß er gar nicht mehr reden zu können schien, sprach auch wirklich in ihrer Anwesenheit kein Wort, sondern als ihn der Testamentserbe aufforderte, den Zeugen den dießfälligen Aufsatz als seinen letzten Willen zu bestätigen, nickte er bloß mit dem Kopfe und machte eine Handbewegung, ohne daß er jedoch selbst während dieser Bewegungen den Testamentsaufsatz in den Händen gehabt hätte; derselbe lag vielmehr auf dem Tische, wohin übrigens der Erblasser allerdings die freie Aussicht hatte, und wo ihn auch die beiden Zeugen fertigten. Diese erklärten weiters, daß sie den Umstand, „der von ihnen gefertigte Aufsatz enthalte das Testament des . . .," ausdrücklich nur von dem Testamentserben erfahren hätten. Leider hat der Verfasser die in diesem Rechtsfalle erfolgten Entscheidungen der Gerichte nicht mitgetheilt.

[5]) M. hatte ihr von einem dritten geschriebenes Testament in Gegenwart dreier Zeugen mit ihrem Namen und dem Beisatz „als Testirende" unterfertigt. Die Zeugen hatten sich daneben als Testamentszeugen unterschrieben, mußten aber bestätigen, daß die Erblasserin nicht in ihrer Gegenwart erklärt habe, daß die

in einem solchen Falle immerhin noch eine Täuschung des unterschreibenden obwalten könnte. Uebrigens braucht der Umstand, daß der Erblasser auf die im §. 579 des b. G. B. angegebene Weise den Aufsatz als seinen letzten Willen bestätiget habe, gerade nicht durch die Aussage der auf dem Testamente unterfertigten Zeugen erwiesen zu werden, sondern es genügt, wenn ein anderer gerichtsordnungsmäßiger Beweis darüber hergestellt wird [1]). Daß der Erblasser seine Unterschrift in Gegenwart der Zeugen beisetze, ist in der Regel (§. 580) ebensowenig nothwendig, als daß er den Aufsatz vor ihnen lese oder sich vorlesen lasse (§. 581). Auch schreibt das Gesetz nirgends vor, daß er den Zeugen die Versicherung ertheilen müsse, den ihnen vorgewiesenen Aufsatz eigenhändig unterzeichnet zu haben. Wohl aber muß seine Unterschrift vor der Unterfertigung der Zeugen beigesetzt sein [2]).

5. Von den drei zur Beweiskraft einer letzten Willenserklärung nothwendigen Zeugen müssen wenigstens zwei zugleich in dem Momente gegenwärtig sein, in dem der Erblasser erklärt, daß der betreffende Aufsatz seinen letzten Willen enthalte, weil sich dann, wenn sie über die einzelnen Umstände abgesondert vernommen werden, leichter als bei einzelnen Zeugen, durch eine widersprechende Aussage die Unwahrheit derselben aufdecken läßt [3]), während anderseits gerade die Uebereinstimmung derselben den sichersten Beleg für die Wahrheit ihrer Aussagen abgibt. Der dritte Zeuge kann vor oder nach ihnen beigezogen werden; doch gilt in Ansehung seiner alles, was oben unter Z. 3 angeführt wurde.

6. Endlich muß die Urkunde, welche den letzten Willen des Erblassers enthält, auch von den Zeugen mitgefertiget werden [4]), und zwar muß die wirkliche Unterschrift der Zeugen erfolgen. Die bloße Fertigung mit Handzeichen würde nicht genügen, da das Gesetz sich des Ausdruckes „unterschreiben" bedient; denn würde es die Unterfertigung mit Handzeichen für hinreichend ansehen, so würde es dieß ausdrücklich beigefügt haben, wie es im §. 580 klar und deutlich erklärt, daß das Handzeichen des Erblassers anstatt der Unterschrift desselben unter gewissen Vorsichten hinreichend sei [5]). Diese Fertigung hat zwar auf der Urkunde selbst, und nicht etwa auf einem bloßen Umschlage zu geschehen, weil man nur dann die beruhigende Ueberzeugung erhält, daß der Aufsatz der nämliche sei, den der Verstorbene als seinem Willen entsprechend bekräftigte (s. oben, Z. 4), und daß nicht etwa ein anderer unterschoben wurde; keineswegs ist es aber nothwendig, daß die Unterschrift der Zeugen im Innern der Urkunde erfolge, sondern sie kann auch von außen giltig geschehen [6]); noch weniger wird erfordert, daß die Zeugen den Inhalt des

---

Urkunde ihren letzten Willen enthalte. Das Testament wurde mit Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 29. Mai 1855, Z. 3363, in Glaser's und Unger's Sammlg. Nr. 93 für ungiltig erklärt. Anders gestaltet sich die Sache, wenn der Erblasser den Aufsatz, der ihm in Gegenwart der Zeugen vorgelesen wurde, hierauf unterfertigt, indem er dadurch deutlich zu erkennen gibt, daß die Urkunde seinen letzten Willen enthalte. S. die Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 23. Mai 1860, Z. 3489, in Nr. 43 der Ger. Halle v. J. 1861.

[1]) In einem unter Nr. 281 in Glaser's und Unger's Sammlung mitgetheilten Rechtsfalle hatten zwei von den auf einem Testamente unterschriebenen Zeugen ausgesagt, sie hätten die Urkunde, nachdem sie die Erblasserin in ihrer Gegenwart unterfertigt hatte, ihrerseits unterschrieben, ohne daß jene erklärt hätte, diese enthalte ihren letzten Willen. Dagegen bestätigte der dritte Testamentszeuge nebst zwei andern Personen, daß eine solche Erklärung allerdings erfolgt sei. Der oberste Gerichtshof erkannte mit Entscheidung vom 27. Jänner 1857, Z. 330, das Testament für giltig, weil die übereinstimmende Aussage der letzterwähnten Zeugen zu der Folgerung dränge, die zwei Testamentszeugen hätten die Erklärung der Erblasserin nur nicht gehört oder nicht beachtet, oder zur Zeit ihres Verhöres wieder vergessen, und weil nichts entgegensteht, daß was immer für ein Thatumstand auch durch andere, als die zur Bestätigung desselben eigens berufenen Zeugen bewiesen werde.

[2]) S. Unger, Erbrecht, S. 48, Anmerkg. 3, gegen Füger, Erbrecht, Bd. 2, S. 32.

[3]) S. Zeiller, Comment. 2. Bd., S. 456. — In einem, in Nr. 30 der allg. österr. Ger. Ztg. J. 1856 (Glaser's und Unger's Sammlg. Nr. 118) mitgetheilten Rechtsfalle war ein Testament von dem Schreiber desselben im Auftrage des Testators den drei Testamentszeugen einzeln mit dem Ersuchen, selbes zu unterfertigen, überbracht worden. Dasselbe wurde durch Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 8. August 1855, Z. 7039, für ungiltig erkannt, ungeachtet der Testator sich später bei den Zeugen für die Unterschrift bedankt hatte.

[4]) §§. 114 und 116 der a., §§. 182 und 185 der galiz. und §§. 172 und 175 der ital. G. O.

[5]) S. die Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 16. Jänner 1861, Z. 10660, in Nr. 57 der allg. österr. Ger. Ztg. J. 1861 — und die Entscheidung v. 6. Sept. 1860, Z. 10266, in Slawicek's Zeitschr. f. Gesetzk. u. Rechtspflege J. 1860, Nr. 20.

[6]) Der Ausdruck „unterschreiben" ist also hier im weitern uneigentlichen Sinne genommen. Vgl. Helm, Kritik einiger besonderen, bei Auslegung der Gesetze vorkommenden Regeln (Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1828, II., S. 253).

Testamentes wissen, da dem Erblasser oft daran gelegen sein kann, seine letztwilligen Verfügungen geheim zu halten[1]).

7. Die Zeugen brauchen gerade nicht insbesondere erbeten zu sein, sie müssen aber immerhin darauf aufmerksam gemacht werden, daß sie zur Bezeugung einer letzten Willenserklärung zugezogen werden. Dieß geht schon daraus hervor, daß der Erblasser den Aufsatz vor ihnen als seinen letzten Willen bestätigen muß; es verfügt aber der §. 579 noch insbesondere, daß die Zeugen sich „als Zeugen des letzten Willens" unterschreiben sollen. Hätten sie aber auch diesen Beisatz zu machen unterlassen, und sich nur „als Zeugen" unterschrieben, so könnte die von ihnen bezeugte letztwillige Anordnung deßhalb nicht als ungiltig angesehen werden, wofern nur erwiesen wird, daß die Zeugen wirklich als Testamentszeugen fungirt haben, d. h. daß der Erblasser vor ihnen den fraglichen Aufsatz als seinen letzten Willen bestätiget habe[2]).

8. Die Unterfertigung der Zeugen muß endlich jedenfalls noch vor dem Tode des Testators erfolgen, denn nur dann ist der Act der Testamentserrichtung als vollendet anzusehen.

9. Nach dem Hfd. v. 4. Sept. 1771 (Kropatschek's G. S. Bd. 6 S. 377), und vom 20. März 1785 (J. G. S. Nr. 433) soll weder ein Welt-, noch was immer für ein Ordensgeistlicher, selbst in dem Falle, als sonst keine andere, des Lesens und Schreibens kundige Person zu haben wäre, ein fremdes Testament niederschreiben, da, wie sich das erstgedachte Gesetz ausdrückt, „der Sterbende, wenn er noch so viel Zeit und Kräfte übrig hat, dem Geistlichen sein Testament in die Feder zu dictiren, viel leichter oder doch eben so geschwind seinen letzten Willen vor den nöthigen Zeugen, wenn auch selbe nicht schreiben können, erklären, und also ein testamentum nuncupativum errichten kann." Diese Anordnung war in dem Gesetze sogar mit der Nichtigkeit des, durch den Geistlichen niedergeschriebenen Testamentes bedroht. Letztere könnte nun wohl gegenwärtig nicht mehr behauptet werden, da das b. G. B. dieses Nichtigkeitsgrundes nirgends erwähnt; immerhin ist aber das gedachte Verbot noch als bestehend anzusehen.

§. 580.

Ein Erblasser, welcher nicht schreiben kann, muß, nebst Beobachtung der in dem vorigen Paragraphe vorgeschriebenen Förmlichkeiten, anstatt der Unterschrift sein Handzeichen, und zwar in Gegenwart aller drei Zeugen, eigenhändig beisetzen. Zur Erleichterung eines bleibenden Beweises, wer der Erblasser sei, ist es auch vorsichtig, daß Einer der Zeugen den Namen des Erblassers als Namensunterfertiger beisetze.

1. Ist der Erblasser des Schreibens unkundig, oder wegen körperlicher Gebrechen (z. B. Schwäche, Erlahmung) zu schreiben unfähig (vgl. §. 886), so muß er, außer der Beobachtung der im vorigen §. vorgeschriebenen Förmlichkeiten, statt der Unterschrift wenigstens sein Handzeichen beisetzen[3]). Als ein solches Handzeichen ist nach den Hfd. v. 20. Decemb. 1842 u. v. 19. Febr. 1846, Nr. 663 und 938 der J. G. S., auch eine Namensfertigung in jüdischer und hebräischer Schrift anzusehen, und demnach eine auf solche Art unterfertigte Schrift nach den

---

[1]) Auch bei andern Urkunden ist es nicht nothwendig, daß die Zeugen den Inhalt derselben wissen. Ref. v. 14. Juni 1784, Nr. 306 der J. G. S. lit. w.; Patent v. 13. Jänner 1785, Nr. 382 ebd.; §. 186 der galiz. und §. 176 der ital. G. O.

[2]) Vgl. die in der allg. österr. Ger. Ztg. dargestellten Rechtsfälle, und zwar J. 1852, Nr. 58 und 97, und 1854, Nr. 71 und 73. In dem ersterwähnten Rechtsfalle wurde sogar ein Testament als giltig anerkannt, welches der dritte Zeuge nicht einmal „als Zeuge," sondern bloß mit dem Beisatze „als Vormund" unterfertiget hatte; wogegen sich aber gewichtige Bedenken erheben, die aus der bestimmten Anordnung des §. 579 und des §. 601 geschöpft werden müssen. — Aus dem letzterwähnten Rechtsfalle verdient hier noch insbesondere die Ansicht der Gerichte hervorgehoben zu werden, zufolge welcher auch der Umstand, daß einem Zeugen, der nur nothdürftig schreiben konnte, bei der Unterschrift die Hand von einem andern Zeugen geführt wurde, die Ungiltigkeit des Testamentes nicht begründe. — Endlich ist in einer Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 27. Novemb. 1862, Z. 7130 (allg. österr. Ger. Ztg. J. 1863, Nr. 140), ausgesprochen, daß die Zeugen die Person des Erblassers nicht schon früher gekannt haben müssen, wenn nur sonst die Vorschriften des §. 579 beobachtet wurden.

[3]) Dieselbe Anordnung enthalten die §§. 116 der a., §. 185 der galiz. und §. 175 der ital. G. O.

für Urkunden, die mit einem bloßen Handzeichen des Ausstellers versehen sind, geltenden Vorschriften zu beurtheilen.

2. Die Beisetzung des Handzeichens muß in Gegenwart aller drei Zeugen geschehen, weil dasselbe keine solche Gewähr der Echtheit darbietet, wie die eigenhändige Unterschrift.

3. Die Beisetzung des Namens des Erblassers durch einen der Zeugen als Namensunterfertiger ist nicht so, wie in den oben angeführten §§. der Gerichtsordnung, als ein wesentliches Erforderniß vorgeschrieben, wohl aber zur Erleichterung des Beweises höchst ersprießlich, weil sonst leicht in Vergessenheit gerathen könnte, von wem eigentlich der in Frage stehende letzte Wille herrührt, und dieser Umstand nach erfolgtem Ableben der Zeugen kaum mehr erweislich wäre.

4. Hätte der Erblasser seinen letzten Willen zwar eigenhändig geschrieben (§. 578), wäre er aber nicht mehr im Stande, demselben seine Unterschrift beizufügen, so müßte er ebenfalls die Vorschrift dieses (und des vorhergehenden) §. beobachten.

5. Wäre er endlich selbst dazu unfähig, so bliebe ihm nichts übrig, als ein mündliches Testament zu errichten.

6. In allen im §. 580 angeführten Fällen wird vorausgesetzt, daß der Erblasser wenigstens lesen kann, obgleich nicht nothwendig ist, daß er das Testament in Gegenwart der Zeugen gelesen habe[1]).

§. 581.

Wenn der Erblasser nicht lesen kann, so muß er den Aufsatz von einem Zeugen in Gegenwart der andern zwei Zeugen, die den Inhalt eingesehen haben, sich vorlesen lassen, und bekräftigen, daß derselbe seinem Willen gemäß sei. Der Schreiber des letzten Willens kann in allen Fällen zugleich Zeuge sein.

1. Ist der Erblasser in Folge körperlicher Gebrechen (z. B. Blindheit) zu lesen nicht im Stande, wohl aber zu schreiben fähig, so könnte er ohne Zweifel selbst nach der Vorschrift des §. 578, d. h. ohne Zuziehung von Zeugen, giltig testiren. Wäre er aber des Lesens und Schreibens unkundig, oder hätte er seinen letzten Willen durch einen andern niederschreiben lassen, so käme wieder zu unterscheiden, ob er wenigstens seinen Namen unterschreiben könne, oder nicht; und es würde sohin nach Maßgabe dieses Unterschiedes entweder die Vorschrift des §. 579 oder jene des §. 580 von ihm beobachtet werden müssen; außerdem sind aber auch noch die Vorsichten des §. 581 in Anwendung zu bringen[2]).

2. Diesen zufolge muß er sich den Aufsatz in Gegenwart aller drei Zeugen vorlesen lassen, und bekräftigen, daß derselbe seinem Willen gemäß sei, weil er sonst leicht getäuscht werden könnte, wenn etwas anderes niedergeschrieben würde, als er verfügt hat[3]).

3. Allein auch hierbei könnte noch ein Unterschleif geschehen, und nicht genau dasjenige vorgelesen werden, was in dem Aufsatze geschrieben steht. Um dieses zu verhüten, ist angeordnet, daß die Zeugen des Testamentes den Inhalt desselben einsehen müssen. Hierunter ist nicht ein Mitlesen des ganzen Testamentes gefordert, sondern es genügt die bloße Einsichtnahme von Seite der zuhörenden Zeugen, da es nicht leicht denkbar ist, daß der Vorlesende, während die Zeugen in den Aufsatz

---

[1]) S. die Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 22. April 1858, Z. 2152, in der allg. österr. Ger. Ztg. J. 1858, Nr. 127 und in Glaser's und Unger's Sammlg. Nr. 549.

[2]) S. Ellinger (Dr.). Einige Worte über die von Blinden ausgestellten schriftlichen Urkunden (Jurist, Bd. 5, S. 356).

[3]) Uebrigens braucht der Testator seinen letzten Willen gerade nicht in Gegenwart der Zeugen zu dictiren; es kann vielmehr der schon verfaßte Aufsatz beigebracht und dem Testator von einem Zeugen in Gegenwart der andern zwei Zeugen vorgelesen werden. Wie der von einem dritten geschriebene Aufsatz entstanden sei (ob z. B. mit oder ohne Auftrag des Erblassers) ist gleichgiltig; das Gesetz vermuthet, daß er dem Willen des Erblassers entspreche, sobald alles beobachtet wurde, was §. 581 vorschreibt. Das Gegentheil müßte strenge erwiesen werden (Entscheidung v. 3. Februar 1833, Z. 13734, in Nr. 140 der allg. österr. Ger. Ztg. J. 1855).

hineinsehen, Verfügungen herablese, die nicht darin enthalten sind, oder solche, die darin vorkommen, auslasse, indem er ja stets in Gefahr wäre, sogleich bei dieser Fälschung entdeckt zu werden. Auch ist das Mitlesen ein Act, der sich nicht überwachen läßt, sondern dem Willen der Zeugen überlassen ist, von dem man also nicht annehmen kann, daß das Gesetz davon die Giltigkeit einer letztwilligen Anordnung abhängig gemacht habe [1]).

4. Die Vorlesung muß, der ausdrücklichen Bestimmung des §. 581 zufolge durch einen der Zeugen geschehen, mag er das Testament selbst geschrieben haben oder nicht [2]); es würde daher keineswegs genügen, wenn der Schreiber des letzten Willens, der nicht zugleich als Zeuge fungirt, die Vorlesung des Testamentes übernähme, und zwar wohl deßhalb, weil das Gesetz von dem Schreiber eines Testamentes nirgends jene Eigenschaften fordert, welche bei den Zeugen desselben vorausgesetzt werden, um eine höhere Glaubwürdigkeit zu erzielen.

5. Wenn ein Taubstummer, der nicht schreiben kann, seinen letzten Willen erklären wollte, so könnte dieß nur insofern geschehen, als er sich den beizuziehenden Testamentszeugen durch Zeichen verständlich zu machen fähig ist [3]). Wäre niemand vorhanden, der diese Zeichensprache versteht, so könnte etwa noch gerichtlich, mit Beihilfe eines beeidigten Uebersetzers, testirt werden [4]).

§. 582.

Eine Verfügung des Erblassers durch Beziehung auf einen Zettel oder auf einen Aufsatz ist nur dann von Wirkung, wenn ein solcher Aufsatz mit allen zur Giltigkeit einer letzten Willenserklärung nöthigen Erfordernissen versehen ist. Außerdem können dergleichen von dem Erblasser angezeigte schriftliche Bemerkungen nur zur Erläuterung seines Willens angewendet werden.

1. Eine Verfügung des Erblassers durch Beziehung auf einen Zettel oder Aufsatz bietet nur dann die gehörige Sicherheit dar, wenn dieser Aufsatz selbst mit allen zur Giltigkeit einer letzten Willenserklärung nöthigen Erfordernissen versehen ist. Im entgegengesetzten Falle würde eine Unterschiebung oder Verfälschung nur allzuleicht möglich sein. Findet dagegen das erstere statt, so werden durch die Beziehung beide neben einander bestehenden Aufsätze gleichsam zu einem Ganzen vereinigt, welches nun in allen seinen Theilen mit den gesetzlichen Erfordernissen versehen erscheint. Hierbei ist es nicht nothwendig, daß durchgängig dieselbe Form der Testamentserrichtung beobachtet werde. Es kann z. B. die Verfügung des Erblassers nach der Vorschrift des §. 579 eingerichtet, und der Zettel, auf den sie sich bezieht, nach §. 578 eigenhändig geschrieben und unterschrieben sein, oder umgekehrt. Auch in einer mündlichen letzten Anordnung könnte sich auf einen solchen Aufsatz bezogen werden, und ebenso scheint es gleichgiltig, ob dieser Aufsatz vor oder nach der eigentlichen letzten Willenserklärung verfaßt wurde [5]).

2. Dagegen wäre, da der §. 583 nur von der Beziehung auf einen Zettel oder Aufsatz spricht, die Verweisung auf eine anderweite mündliche Anordnung nicht als giltig anzusehen, zumal hierdurch auch die Verfügung des §. 564 (s. oben S. 170) umgangen werden könnte [6]).

---

[1]) Vgl. den in Nr. 97 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1852 dargestellten Rechtsfall. In diesem Falle wurde ein Testament durch die gleichlautenden Urtheile des böhmischen Appellationsgerichtes und des obersten Gerichtshofes aufrecht erhalten, ungeachtet einer der Testamentszeugen aussagte, daß er, als im Lesen weniger geübt, nicht den ganzen Aufsatz mitgelesen habe, während der dritte Zeuge angab, das Testament weder eingesehen noch mitgelesen zu haben. Vgl. auch die in Glaser's und Unger's Samlg. Nr. 968 mitgetheilte Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 6. Sept. 1854, Z. 8968.

[2]) S. Nippel, Erläut. Bd. 4, S. 118. — Anderer Meinung, jedoch ohne weitere Begründung, ist Winiwarter (bürg. Recht, Bd. 3, S. 85.).

[3]) S. Winiwarter, bürg. Recht, Bd. 3, S. 85.

[4]) S. Ellinger, Handbuch, S. 229.

[5]) Es wäre mithin auch eine Anordnung giltig, in welcher der Erblasser verfügt, daß derjenige sein Erbe sein solle, den er in einem besonderen Zettel benennen werde, wenn er dieß nur dann vor seinem Tode auch wirklich thut.

[6]) Vgl. den in Nr. 66 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1854 mitgetheilten Rechtsfall. Vinzenz C. hatte angeordnet, daß alles, was ihm gehöre, dem Priester Dominik S. übergeben werden solle, damit dieser

3. Jedenfalls muß eine wirkliche Beziehung der einen Anordnung auf die andere vorhanden sein; wäre dieß nicht der Fall, so hätten vielmehr die Grundsätze über die Collision mehrerer letztwilliger Verfügungen (§§. 713—715) zur Anwendung zu kommen [1]).

4. Ist der Aufsatz, auf welchen sich die Verfügung des Erblassers bezieht, nicht mit allen zur Giltigkeit einer letzten Willenserklärung nöthigen Erfordernissen versehen, so kann er nur zur Erläuterung des letzten Willens angewendet werden, wie wenn z. B. daraus der Vermögensstand, der Antheil an einem gemeinschaftlichen Gute und Erwerbe, die Absonderung des freivererblichen Vermögens von einem Familien-Fideicommisse, die Anrechnung zum Pflicht- oder Erbtheile, der Betrag eines gegebenen und nun vermachten jährlichen Unterhaltes u. dgl. entnommen werden können [2]).

§. 583.

In der Regel gilt ein und derselbe Aufsatz nur für Einen Erblasser. Die Ausnahme in Rücksicht der Ehegatten ist in dem Hauptstücke von den Ehe-Pacten enthalten.

1. Die gemeinschaftlichen Testamente (testamenta simultanea), wenn mehrere Erblasser in einer und derselben Urkunde über ihre Erbschaften verfügen, waren nach den Vorschriften des römischen Rechtes in der Regel unzulässig, weil sie zu verschiedenen Täuschungen und Mißbräuchen Anlaß geben können. Eine Ausnahme gestattete die Praxis hinsichtlich der wechselseitigen Testamente (testamenta reciproca), in welchen sich mehrere Testatoren gegenseitig zu Erben einsetzen. Wird hieran noch die Bedingung geknüpft, daß mit der Aufhebung der einen letzten Willenserklärung zugleich auch die andere als aufgehoben zu betrachten sei, so wird das Testament insbesondere ein correspectives genannt. In Deutschland kamen derlei Testamente, besonders unter Ehegatten, schon frühzeitig vor, und blieben auch nach der Einführung des römischen Rechtes fortwährend in Uebung [3]). Unser a. b. G. B. hat sie, jedoch nur in Rücksicht der Ehegatten, beibehalten (§. 1248), von denen solche letztwillige Anordnungen häufig bei Abschließung der Ehepacten, und zwar besonders auf dem Lande, errichtet zu werden pflegen.

2. Andere Personen, die nicht in dem ehelichen Verhältnisse zu einander stehen, müssen jede für sich testiren, und ein von ihnen gemeinschaftlich errichtetes Testament würde seinem ganzen Inhalte nach ungiltig sein, weil für die Entscheidung der Frage, wessen Disposition aufrecht erhalten werden sollte, jeder Anhaltspunkt mangelt [4]).

3. Als gemeinschaftlich können aber mehrere letztwillige Anordnungen nur dann angesehen werden, wenn sie in einer Urkunde enthalten sind. Der Umstand allein, daß sie auf dem nämlichen Bogen oder Blatte niedergeschrieben sind,

---

darüber im Geheimen in der Art verfüge, wie es ihm von dem Erblasser aufgetragen worden sei. Auf Grund dieser letzten Willenserklärung überreichte Dominik S. seine bedingte Erbserklärung. Sebastian R., einer der Verwandten und gesetzlichen Erben des Verstorbenen C., bestritt jedoch die Giltigkeit der obgedachten letzten Willenserklärung und trat dießfalls klagbar gegen Dominik S. auf. Die erste Instanz gab dem Klagebegehren statt, da der Erblasser nach §. 564 den Erben selbst einsetzen und eben so die Legatare selbst benennen müsse, was aber hier nicht geschehen sei. Der oberste Gerichtshof bestätigte mit Urtheil v. 22. April 1854 das erstrichterliche Erkenntniß in diesem Punkte.

[1]) In dem von L. Staudinger (in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1829, I., S. 267) erzählten Rechtsfalle hatten sich nach dem Tode des A. E. zwei von der Erblasserin eigenhändig geschriebene und unterschriebene Testamente vorgefunden, deren eines mit dem Datum des 2., das andere mit jenem des 3. Februar 1822 versehen war, und welche in der Erbeseinsetzung beinahe wörtlich übereinstimmten, sich aber dadurch unterschieden, daß in dem ersten Testamente die Legatare und die einem jeden von ihnen bestimmten Geldsummen genau bezeichnet waren, während in dem zweiten Testamente zwar dieselben Vermächtnißnehmer aufgeführt erschienen, aber weder beigesetzt war, welches Legat jeder einzelne Legatar zu erhalten habe, noch welche Gesammtsumme allen zufallen solle. Gestützt auf den Inhalt dieses zweiten Testamentes verweigerte der Erbe den Legataren die Berichtigung der in dem ersten Testamente numerisch bestimmten Legatsbeträge. Der Verfasser vertheidigt die Ansicht, daß das frühere Testament durch das spätere in allen seinen Theilen aufgehoben sei, und daß der §. 582 hier keine Anwendung erleide, da das Testament vom 3. Februar 1822 jenes vom 2. nicht bestätiget habe, sondern sich nicht einmal auf dasselbe bezog.

[2]) S. Zeiller, Comment. Bd. 2, S. 461.

[3]) S. Mittermaier, a. a. O. §. 462.

[4]) Nippel, Erläut. Bd. 4, S. 121, will dann eine Ausnahme eintreten lassen, wenn die gemeinschaftliche Urkunde in Beziehung auf den einen Erblasser ohnehin so wesentliche Gebrechen an sich trägt, daß sie für ihn in keinem Falle als eine rechtsgiltige Erklärung angesehen werden könnte; allein der allgemeine Wortlaut des Gesetzes scheint dieser Ansicht entgegen zu stehen.

würde daher ihrer Giltigkeit nicht entgegenstehen, wenn nur in Ansehung einer jeden insbesondere die gesetzlichen Förmlichkeiten beobachtet worden sind [1]).

4. Das gemeinschaftliche Testament muß, ungeachtet es zwei Willenserklärungen enthält, doch in der Form eines einzigen Testamentes erscheinen, es kann daher, wie Unger (Erbrecht, S. 98, Amrkg. 5) richtig hervorhebt, nur in schriftlicher Form zu Stande kommen, indem entweder die Erblasser vor den Zeugen erklären, daß die von ihnen unterfertigte gemeinsame Urkunde ihren beiderseitigen letzten Willen enthalte, und diese sich hierauf als Zeugen des gemeinschaftlichen letzten Willens unterfertigen, oder indem jeder von beiden Erblassern seine Verfügung eigenhändig auf der gemeinsamen Urkunde niederschreibt, und beide dieselbe unterschreiben, oder endlich, indem die Erblasser gemeinschaftlich die von ihnen unterschriebene Urkunde dem Gericht oder dem Notar übergeben. Durch mündliche, wenn auch unmittelbar auf einander folgende Erklärung vor denselben Zeugen kann das gemeinschaftliche Testament eben so wenig zu Stande kommen, als durch gleichzeitige Solennisirung zweier verschiedener Testamentsurkunden, da in beiden Fällen auch in formeller Beziehung zwei abgesondert für sich bestehende Testamente vorhanden sind.

§. 584.

2) [Aeußere Form] der außergerichtlichen mündlichen [Erklärungen des letzten Willens];

Einem Erblasser, welcher die zu einem schriftlichen Testamente erforderlichen Förmlichkeiten nicht beobachten kann, oder will, steht frei, ein mündliches Testament zu errichten.

§. 585.

Wer mündlich testirt, muß vor drei fähigen Zeugen, welche zugleich gegenwärtig und zu bestätigen fähig sind, daß in der Person des Erblassers kein Betrug oder Irrthum unterlaufen sei, ernstlich seinen letzten Willen erklären. Es ist zwar nicht nothwendig, aber vorsichtig, daß die Zeugen entweder alle gemeinschaftlich, oder ein jeder für sich zur Erleichterung des Gedächtnisses, die Erklärung des Erblassers entweder selbst aufzeichnen, oder, so bald als möglich, aufzeichnen lassen.

§. 586.

Eine mündliche letzte Anordnung muß, um rechtskräftig zu sein, auf Verlangen eines jeden, dem daran gelegen ist, durch die übereinstimmende eidliche Aussage der drei Zeugen, oder, wofern Einer aus ihnen nicht mehr vernommen werden kann, wenigstens der zwei übrigen bestätigt werden.

1. Eine mündliche letzte Anordnung (testamentum nuncupativum) wird bloß dem Gedächtnisse der Zeugen anvertraut; es muß also bei der Errichtung derselben mit um so größerer Vorsicht vorgegangen werden. Zur Giltigkeit derselben ist vor allem erforderlich, daß der Erblasser vor den Zeugen seinen letzten Willen erkläre. Die Zeugen müssen also hier den Inhalt des letzten Willens kennen, was bei schriftlichen letztwilligen Anordnungen nach §. 579 in der Regel nicht nothwendig ist. Die Erklärung muß in der Art geschehen, daß sie von den Zeugen vernommen werden kann, daher auch in einer ihnen verständlichen Sprache (vgl. §. 591), und nicht etwa durch bloße Bejahung eines dem Erblasser gemachten Vorschlages (§. 565); auch scheint es nicht zu genügen, wenn der Testator bloß einen von ihm selbst oder von einem andern für ihn verfaßten Aufsatz vorlesen läßt, und als seinem Willen gemäß bestätiget [2]). Hierfür spricht schon der Ausdruck: „mündliche Erklärung des letzten Willens," dann die Textirung des §. 585, welcher zufolge derjenige, der

---

[1]) S. Nippel, Erläut. Bd. 4, S. 121. — Würde das Gericht oder ein Notar über mehrere mündliche und gemeinsam erklärte letztwillige Anordnungen ein gemeinschaftliches Protokoll aufnehmen, so wäre dieser Formfehler kein Hinderniß der Giltigkeit der mehreren Testamente. (Unger's Erbrecht, S. 98, Anmerkg. 4.)

[2]) Dieß behauptet Nippel in seinen Erläut. Bd. 4, S. 123.

mündlich testirt, seinen letzten Willen erklären (nicht wie die §§. 579 und 581 sich ausdrücken), einen vorhandenen schriftlichen Aufsatz als seinen letzten Willen bestätigen (bekräftigen) muß [1]), endlich die a. h. Entschl. v. 14. Februar 1846, Nr. 933 der J. G. S., vermöge welcher Seine Majestät die zwischen sämmtlichen Senaten der obersten Justizstelle und der Hofcommission in Justizgesetzsachen erfolgte Meinungseinigung: „daß in einem Urtheile, wodurch die Ungiltigkeit eines schriftlichen Testamentes ausgesprochen wird, der Vorbehalt nicht gemacht werden dürfe, dasselbe Testament durch einen andern Proceß als ein mündliches geltend zu machen," zur Nachricht zu nehmen geruhten [2]). — Endlich ist es auch als keine mündliche Erklärung des letzten Willens anzusehen, wenn der Erblasser sich gegen die Zeugen bloß gesprächsweise über den Inhalt eines Testamentsaufsatzes äußert, den er sohin von diesen Zeugen unterfertigen läßt, und es geht daher nicht an, ein schriftliches Testament, weil es unförmlich (z. B. vom Testator nicht unterschrieben) [3]) ist, als ein mündliches gelten zu lassen.

2. Bei einem mündlichen Testamente müssen ferner alle drei Zeugen zugleich gegenwärtig sein, was bei einer schriftlichen letzten Willenserklärung, wenigstens in der Regel (§. 579), nicht erforderlich ist.

3. Außerdem müssen sie den Erblasser sehen und zu bestätigen fähig sein, daß in der Person desselben kein Betrug oder Irrthum unterlaufen sei; sie müssen daher den Testator entweder von Person aus kennen, oder ihn genau zu beschreiben im Stande sein, damit nicht etwa ein dritter den Schein des vorgeblichen Testators annehme, und auf solche Art eine mündliche letzte Anordnung fälschlich unterschoben werde [4]).

4. Das Gesetz schreibt es zwar nicht als ein wesentliches Erforderniß vor, stellt es aber immerhin als räthlich und vorsichtig dar, daß die Erklärung des Erblassers sobald als möglich aufgezeichnet werde, da es eben nur dem Gedächtnisse der Zeugen anvertraut ist (siehe oben S. 194), und deßhalb leicht unerweislich werden könnte. Hierdurch wird jedoch das mündliche Testament keineswegs in ein schriftliches umgewandelt; ja es genügt diese Aufzeichnung nicht einmal, um die mündliche letzte Anordnung rechtskräftig zu machen, da nach unseren Gerichtsordnungen unbeschworene Zeugnisse überhaupt einen Beweis herzustellen nicht im Stande sind. Hierzu wird in der Regel die übereinstimmende eidliche Aussage zweier unbedenklicher Zeugen erfordert [5]); dieß ist daher auch das geringste Ausmaß, mit welchem sich die Verfügung des §. 586 begnügt; nur fordert dieser in der Regel, da nach §. 585 zu einem mündlichen Testamente drei fähige Zeugen nothwendig sind, daß alle drei eidlich vernommen werden, und durch ihre übereinstimmende Aussage den letzten Willen bestätigen, so lange dieses noch möglich ist.

5. Durch das Pat. v. 9. Aug. 1854, Nr. 203 des R. G. Bl., sind die Gerichtsabgeordneten angewiesen, insofern dem Gerichte die letztwilligen Anordnungen des Erblasses nicht ohnehin bekannt sind, bei der Todfallsaufnahme die sorgfältigste Nachforschung zu pflegen, ob ein letzter Wille, ein Erbvertrag, eine Schenkung

---

[1]) S. den von Kitka in Haimerl's Magaz. Bd. 14, S. 95 mitgetheilten Rechtsfall. Auch nach der Ansicht des Verfassers muß der Testator vor drei fähigen Zeugen, welche zugleich gegenwärtig sind, ernstlich seinen letzten Willen mündlich erklären, folglich in der Art, daß die Zeugen aus seinem Munde hören, was und in welcher Art er mit seinem Vermögen letztwillig verfügt.

[2]) Verschieden hiervon ist der Fall, wenn der Testator anfänglich einen schriftlichen letzten Willen errichten wollte, später aber diesen Entschluß wieder aufgab, und nicht nur den vorgelesenen Aufsatz bekräftigte, sondern die darin enthaltene Erklärung vor Zeugen wiederholte (vgl. den Civilrechtsfall in Nr. 65 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1854), oder wenn aus den Umständen nicht zu entnehmen ist, daß der Erblasser gerade nur ein schriftliches Testament errichten wollte, und ein solches zwar nicht zu Stande kam, aber alle Erfordernisse einer mündlichen letztwilligen Anordnung vorhanden sind. Vgl. die Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 24. October 1854, Z. 5642, in dem unter Nr. 44 in Glaser's und Unger's Sammlg. mitgetheilten Rechtsfalle, wo A dem Notare in Gegenwart zweier Zeugen seinen letzten Willen dictirte, dem niedergeschriebenen Aufsatze aber, da ihn die Kräfte inzwischen verlassen hatten, seine Unterschrift nicht mehr beisetzen konnte.

[3]) Vgl. den Rechtsfall in Nr. 23 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1854.

[4]) S. Nippel, Erläut. Bd. 4, S. 123.

[5]) S. §. 137 der a., §. 211 der galiz. und §. 101 der ital. G. O.

auf den Todesfall, oder Ehepacten vorhanden seien, oder an einem dritten Orte, allenfalls bei einem Gerichte oder öffentlichen Notare, erliegen (§. 39, Z. 7). Hat der Erblasser seinen letzten Willen mündlich erklärt, so ist, wenn nicht schon eine schriftliche Aufzeichnung von Seite der Zeugen vorhanden ist, welche darüber Auskunft gibt, Name, Stand und Wohnort der letzteren in der Todfallsaufnahme anzugeben (§. 42, ebd.). Liegt bereits ein gehörig verfaßter, von allen Zeugen eigenhändig gefertigter Aufsatz vor, so ist mit der Kundmachung desselben wie bei einem schriftlichen Testamente (§§. 61—64, ebd.) vorzugehen. Außer diesem Falle hat das Gericht sämmtliche Zeugen von Amtswegen vorzuladen, jeden derselben allein, vorläufig ohne Beeidigung, über seinen Namen und Stand, über sein Alter, dann über den Inhalt der letzten Willenserklärung, und die Umstände, von denen die Giltigkeit derselben abhängt, sowie über die Zeit und den Ort der von dem Erblasser abgegebenen Erklärung zu vernehmen, und das aufgenommene Protokoll kundzumachen (§. 65, ebd.). Diese Kundmachung ist nach §. 123, ebd., zur Ausweisung des Rechtstitels behufs der Erbserklärung hinreichend, und die Abhandlungsinstanz darf daher nicht von Amtswegen auf die Beeidigung der Zeugen dringen. Verlangt aber eine Partei ihre eidliche Vernehmung, so hat der Richter ohne vorläufiges rechtliches Verfahren den Bittsteller, die Zeugen, und wenn es ohne Gefahr am Verzuge geschehen kann, die übrigen Parteien, welche wegen des Erbrechtes zu dem Nachlasse bereits eingeschritten sind, vorzuladen, die Zeugen zu beeidigen und sohin nach den Vorschriften der Proceß-Ordnung jeden derselben ohne Gegenwart der übrigen über die allgemeinen Fragestücke, über den errichteten letzten Willen und die oben erwähnten Umstände zu Protokoll zu vernehmen. Nöthigenfalls kann den Zeugen dabei der über den letzten Willen bereits verfertigte Aufsatz vorgelesen werden. Auch steht den vorgeladenen Parteien frei, vor oder bei der Tagsatzung Fragen vorzuschlagen, welche der Richter, wenn sie zweckmäßig erscheinen, bei der Vernehmung der Zeugen zu berücksichtigen hat. Wegen Abhörung derjenigen Zeugen, welche einem anderen Gerichte unterstehen, hat die Abhandlungsbehörde das Ansuchen dahin zu erlassen. Ist kein Gesuch um Beeidigung der Zeugen überreicht worden, jedoch aus dem Inhalte ihrer Aussage die Betheiligung von Personen ersichtlich, für deren Rechte von Amtswegen zu sorgen ist, so hat das Gericht, wenn Gefahr am Verzuge ist, und der Vertreter der gedachten Personen nicht zeitig genug für sie einschreiten kann, einen Curator mit dem Auftrage zu bestellen, im Namen dieser Betheiligten die Beeidigung der Zeugen anzusuchen (§. 66, ebd.). Die auf diese Art erfolgte eidliche Bestätigung einer mündlichen letzten Willenserklärung hat nicht nur in Ansehung derjenigen, welche darum angesucht haben, oder sonst zur Vernehmung vorgeladen worden sind, sondern zwischen allen bei dem Nachlasse betheiligten Personen Beweiskraft. Es bleibt aber jedem Theile unbenommen, die Giltigkeit des abgelegten Zeugnisses oder der Anordnung durch den Beweis obwaltender, bei der Vernehmung der Zeugen nicht vorgekommener Mängel oder entgegenstehender Umstände im rechtlichen Verfahren zu bestreiten (§. 67, ebd.).

6. Zeigt sich bei der Abhörung der Zeugen, daß dieselben in ihren Aussagen nicht übereinstimmen, so kann der Beweis über den Inhalt des mündlich erklärten letzten Willens nicht als hergestellt angesehen werden, und zwar auch dann nicht, wenn die Aussage des dritten Zeugen mit den übereinstimmenden Aussagen der beiden andern Zeugen im Widerspruch stünde, weil das Gesetz (§. 586 des b. G. B.), wenn alle drei Zeugen vernommen werden können, offenbar voraussetzt, daß auch alle drei in ihren Aussagen übereinstimmen. Würde aber der dritte Zeuge sich nur wegen Länge der Zeit, oder wegen einer inzwischen ausgestandenen Krankheit und dadurch herbeigeführten Schwächung seines Gedächtnisses auf den Inhalt des letzten Willens nicht mehr erinnern, so wäre die auch nur von zwei Zeugen bestätigte letzte Willenserklärung immerhin als vollkommen rechtskräftig anzusehen, denn die Aussage dieses dritten Zeugen ist so viel als keine Aussage, und es tritt

also ein ganz ähnlicher Fall ein, wie wenn dieser dritte Zeuge eines entgegenstehenden Hindernisses wegen gar nicht vernommen werden könnte [1]).

7. Für diesen Fall verfügt aber eben der §. 586, daß auch die übereinstimmende Aussage der beiden noch übrigen Zeugen hinreiche, weil denn doch überhaupt nach unseren Gerichtsordnungen die übereinstimmende Aussage zweier unbedenklicher Zeugen volle Beweiskraft hat. Ein solches Hinderniß der Vernehmung kann eintreten, wenn einer der Zeugen früher mit Tod abgeht, oder in Wahnsinn verfällt, oder unbekannten Aufenthaltes ist, wohl auch wenn er sich beharrlich weigerte, eine Aussage abzugeben. Wäre das Hinderniß der Vernehmung nur ein zeitweiliges, z. B. eine unternommene Reise, so meint Nippel (a. a. O. S. 128), daß durch die übereinstimmende Aussage der beiden übrigen Zeugen die durch sie veroffenbarte letzte Willenserklärung insolange als rechtsgiltig angesehen werden müsse, bis nicht nachgewiesen wird, daß das der Abhörung des dritten Zeugen entgegengestandene Hinderniß gehoben sei; es könnte daher auch ohne weiters mit der Einantwortung des Nachlasses an den, in der mündlichen durch zwei Zeugen einstimmig bestätigten Anordnung ernannten Erben vorgegangen werden.

§. 587.

[Aeußere Form] 3) der gerichtlichen [Erklärungen des letzten Willens];

Der Erblasser kann auch vor einem Gerichte schriftlich oder mündlich testiren. Die schriftliche Anordnung muß von dem Erblasser wenigstens eigenhändig unterschrieben sein, und dem Gerichte persönlich übergeben werden. Das Gericht hat den Erblasser auf den Umstand, daß seine eigenhändige Unterschrift beigerückt sein müsse, aufmerksam zu machen, dann den Aufsatz gerichtlich zu versiegeln, und auf dem Umschlage anzumerken, wessen letzter Wille darin enthalten sei. Ueber das Geschäft ist ein Protocoll aufzunehmen, und der Aufsatz gegen Ausstellung eines Empfangscheines gerichtlich zu hinterlegen.

§. 588.

Will der Erblasser seinen Willen mündlich erklären, so ist die Erklärung in ein Protocoll aufzunehmen, und dasselbe eben so, wie in dem vorhergehenden Paragraphe von dem schriftlichen Aufsatze gemeldet worden ist, versiegelt zu hinterlegen.

§. 589.

Das Gericht, welches die schriftliche oder mündliche Erklärung des letzten Willens aufnimmt, muß wenigstens aus zwei eidlich verpflichteten Gerichtspersonen bestehen, deren Einer in dem Orte, wo die Erklärung aufgenommen wird, das Richteramt zusteht. Die Zeugenschaft der zweiten Gerichtsperson, außer dem Richter, können auch zwei andere Zeugen vertreten.

§. 590.

Im Nothfalle können die erst bestimmten Personen sich in die Wohnung des Erblassers begeben, seinen letzten Willen schriftlich oder mündlich aufnehmen, und dann das Geschäft mit Beisetzung des Tages, Jahres und Ortes zu Protocoll bringen.

1. Das römische Recht kennt außer den Privattestamenten auch noch die öffentliche Testamentsform, bei welcher die Mitwirkung des Regenten oder einer, mit der Civilgerichtsbarkeit versehenen Obrigkeit die sonst erforderlichen Förmlichkeiten ersetzt [2]). Unabhängig hiervon haben sich im deutschen Rechte die s. g. gerichtlichen Testamente entwickelt, wozu die an vielen Orten vorkommende Sitte, letzte Willenserklärungen feierlich vor der Gemeinde zu errichten, das ihrige beitragen mochte, indem an die Stelle der Gemeinde später, wie bei so vielen andern Anläßen, die Gerichte traten [3]). So sind denn die gerichtlichen Testamente auch in unser a. b. G. B. übergegangen.

---

1) S. Nippel, Erläut. Bd. 4, S. 129. — Vgl. auch den in Nr. 125 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1858 mitgetheilten Rechtsfall und die in demselben erflossene Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 6. April 1858, Z. 2552.

2) S. Savigny, Geschichte des römischen Rechts, Bd. 2, S. 82.

3) S. Mittermaier, a. a. O. §. 461.

2. Zur Aufnahme letztwilliger Anordnungen sind ohne Beschränkung der Zuständigkeit die Bezirksgerichte (Präturen), sowie die städtisch delegirten Bezirksgerichte (Stadtpräturen), keineswegs aber auch andere Behörden berechtigt [1]).

3. Die Aufnahme muß vor gehörig besetztem Gerichte geschehen, also wenigstens vor zwei eidlich verpflichteten Gerichtspersonen, deren einer in dem Orte, wo die Erklärung aufgenommen wird, das Richteramt zusteht (§. 589), während die andere in der Regel ein beeideter Schriftführer ist (§§. 188 und 247 des Pat. vom 3. Mai 1853, Nr. 81 R. G. Bl.). Die Zeugenschaft dieser letzteren Gerichtspersonen können ausnahmsweise (z. B. im Falle der Erkrankung oder Abwesenheit) auch zwei andere Zeugen vertreten.

4. Der Testator muß vor dem Gerichte persönlich erscheinen. Die Uebergabe oder Erklärung durch einen Bevollmächtigten ist durchaus nicht zuläßig, weil hierbei eine Verfälschung oder Unterschiebung nur allzuleicht möglich wäre.

5. Der Erblasser kann sohin entweder eine bereits verfaßte schriftliche Anordnung dem Gerichte übergeben (testamentum judici oblatum), oder seinen letzten Willen mündlich vor demselben erklären (testamentum apud acta conditum).

a) Im ersten Falle hat das Gericht den Inhalt des Testamentes zu wissen nicht nöthig (vgl. §. 579), wohl aber muß der Aufsatz von dem Testator eigenhändig geschrieben und unterschrieben (§. 578), oder wenigstens eigenhändig unterschrieben sein (§. 579), da die Stelle der sonst bei dem testamentum allographum erforderlichen Zeugen die Anwesenheit der Gerichtspersonen vertritt. Das Gericht hat den Erblasser auf den Umstand aufmerksam zu machen, und den Testator nöthigenfalls zu veranlassen, daß er seine noch fehlende Unterschrift in Gegenwart desselben beisetze. Könnte der Erblasser nicht schreiben, so müßte er (Analogie aus §. 580) sein Handzeichen vor Gericht beifügen; könnte er nicht lesen, so wäre ihm (Analogie aus §. 581) der mitgebrachte Aufsatz von einer der Gerichtspersonen vorzulesen, und er hätte sohin zu bestätigen, daß er seinem Willen gemäß sei [2]).

b) Will der Erblasser mündlich testiren, so hat das Gericht seine Erklärungen zu Protokoll zu nehmen. Es wird sich hierbei vor allem überzeugen, daß in der Person des Testators kein Irrthum oder Betrug unterlaufe (§. 585), sohin denselben auf die Befolgung der gesetzlichen Vorschriften (z. B. in Ansehung der Hinterlassung des Pflichttheiles) aufmerksam machen, und endlich dafür sorgen, daß die getroffenen Anordnungen dem Willen des Erblassers gemäß ohne Rasuren oder Correcturen aufgezeichnet werden.

6. Weiters wird der mitgebrachte Aufsatz oder das aufgenommene Protokoll gerichtlich versiegelt, damit der Inhalt des letzten Willens nicht vorzeitig verlautbart werde, mit einem Umschlage versehen, auf welchem anzumerken ist, wessen letzter Wille darin enthalten sei, und sohin bei den Gerichtsacten hinterlegt. Die Aufbewahrung hat nach §§. 232 und 255 des Pat. vom 3. Mai 1853, Nr. 81 des R. G. Bl., in verschlossenen Kästen feuersicher zu geschehen. Die betreffenden Urkunden sind mit der Jahreszahl der gerichtlichen Hinterlegung und einer, in jedem Jahre vom 1. Jänner bis letzten December fortlaufenden Zahl zu bezeichnen. Es ist über dieselben ein fortlaufendes Verzeichniß und ein Nachschlagregister zu führen, und in dem ersteren auch der etwa mit einzelnen Urkunden getroffenen gerichtlichen Verfügungen Erwähnung zu thun. Die Aufbewahrung dieser Urkunden und die Führung des Verzeichnisses darüber liegt dem Vorsteher der Registratur ob.

---

[1]) S. §. 92 der allg. Jur. Norm. v. 20. November 1852, und §. 86 der dalm. J. N.

[2]) Nippel (Erläut. Bd. 4, S. 134) meint, daß im letzteren Falle der Erblasser nur mündlich vor Gericht testiren könne; derselben Meinung ist Füger (Erbrecht Bd. 2, S. 60); uns scheint aber die im Contexte erwähnte Analogie nicht unstatthaft zu sein, wie auch Unger, Erbrecht S. 54, Anmerkung 2 anerkennt.

7. Ueber den Act der schriftlichen oder mündlichen Aufnahme des letzten Willens ist, wie über andere gerichtliche Acte, ein **Protokoll** aufzunehmen und demselben Tag, Jahr und Ort der Errichtung, so wie die Unterschrift der beiden Fungirenden beizusetzen (§. 590); doch dürfte die Unterlassung dieser Vorsicht noch keineswegs die Ungiltigkeit des betreffenden Testamentes nach sich ziehen, da ja auch §. 578 die Beifügung des Datums nicht für nothwendig erklärt, sondern nur anräth, und da die in dem Gesetze dießfalls enthaltene Weisung nur das Gericht, nicht auch den Erblasser trifft (vgl. §. 601) [1]).

8. Dem Testator ist über den bei Gericht hinterlegten Aufsatz ein **Empfangschein**, und analoger Weise bei einer mündlichen letztwilligen Anordnung ein gerichtliches **Zeugniß** hinauszugeben, damit bei eintretendem Todesfalle die Erben oder die Abhandlungsinstanz von dem Dasein eines gerichtlichen Testamentes Kenntniß erlangen, wohl auch damit der Erblasser selbst seinen letzten Willen allenfalls wieder zurücknehmen und vernichten oder abändern könne.

9. Die gerichtlichen Acte sind in der Regel nur im **Amtslocale** vorzunehmen; allein im Nothfalle, z. B. wegen eingetretener Krankheit des Erblassers, können sich die Gerichtspersonen ausnahmsweise auch in dessen Wohnung oder überhaupt dorthin begeben, wo er sich befindet (z. B. in ein Gasthaus, in welchem er auf der Reise erkrankte), um seinen letzten Willen entgegen zu nehmen (§. 590).

10. Das Gerichtsprotokoll ist eine **öffentliche Urkunde** [2]), welcher in Ansehung des Factums, worüber sie errichtet wurde, voller Glauben beizumessen ist [3]), und es kann daher auch bei mündlichen gerichtlichen Erklärungen des letzten Willens niemals, wie §. 586 bei außergerichtlichen Willenserklärungen dieser Art, auf eine **Beeidigung** der Gerichtspersonen, die dabei eingeschritten sind, gedrungen werden [4]), zumal es überhaupt nach dem Hfd. v. 29. November 1808, Z. 38084 (erneuert durch Hfd. v. 2. März 1825, Z. 8191), gesetzmäßig verboten ist, daß Staatsbeamte über jenes, so ihnen in ihrem Amte des Dienstes halber bekannt ist, in einer Rechtssache als Zeugen aufgeführt werden. Dieß scheint auch von jenen Zeugen zu gelten, welche nach §. 589 die Zeugenschaft der zweiten Gerichtsperson vertreten können, da die Aufnahme des letzten Willens vor Gericht immer als ein öffentlicher Act erscheint [5]).

11. Die Handlung des Testirens besteht bei dem gerichtlichen Testamente in der **Uebergabe** des schriftlichen, oder in der **Aufnahme** des mündlichen letzten Willens und in der **Beurkundung** dieses Actes durch das Gerichtsprotokoll; der Zeitpunkt der Errichtung desselben ist daher auch als der Zeitpunkt des errichteten letzten Willens anzusehen [6]).

12. Eine gerichtliche letztwillige Anordnung hat nicht **mehr Kraft** als eine außergerichtliche; sie kann also gleich dieser aufgehoben, eingeschränkt oder abgeändert, und eben so wegen der Unfähigkeit des Testators, oder wegen Mangels der nöthigen Förmlichkeiten u. s. w. angefochten werden.

13. Will der Erblasser das gerichtlich hinterlegte Testament **zurücknehmen**, so kann ihm die Hinausgabe desselben wohl nicht verweigert werden; es wäre ihm aber in diesem Falle der nach §. 587 ausgefertigte Empfangschein abzufordern, und über den Act der Rückstellung ein neuerliches Protokoll aufzunehmen. Die Frage, ob das gerichtliche Testament durch die Zurücknahme aus dem Gerichte seinen öffentlichen Glauben verliere, dürfte wohl zu bejahen sein.

---

1) S. **Nippel**, Erläut. Bd. 4, S. 139.
2) §. 112 der a., §. 180 der gal. u. §. 170 der ital. G. O.
3) §. 111 der a., §. 179 der gal. u. §. 169 der ital. G. O.
4) S. **Nippel**, Erläut. Bd. 4, S. 141,
5) S. **Nippel**, Erläut. Bd. 4, S. 141.
6) Vgl. **Mittermaier**, a. a. O. §. 461. Hätte also jemand z. B. am 1. Jänner seinen letzten Willen eigenhändig geschrieben, am 1. Februar einen neuen letzten Willen errichtet, am 1. März aber das frühere Testament (vom 1. Jänner) zu Gericht gebracht, so gälte noch dieses letztere, weil es so betrachtet werden muß, als wäre es am 1. März errichtet worden.

14. Eine weitere Art der Testamentserrichtung ist die vor dem Notare, über welche die Notariatsordnung v. 25. Juli 1871, Nr. 75 des R. G. Bl., folgendes anordnet:

§. 70. Letztwillige Anordnungen, welche vor zwei Notaren oder vor einem Notare und zwei Zeugen mündlich errichtet oder schriftlich übergeben werden, sind den gerichtlichen letztwilligen Anordnungen gleichzuachten, wenn dieselben mit Beobachtung der allgemeinen Vorschriften über die Amtsführung der Notare aufgenommen, beziehungsweise entgegengenommen und hierbei die für die Aufnahme gerichtlicher letztwilliger Anordnungen in den §§. 569, 587—592 und 594—586 des a. b. G. B. gegebenen Vorschriften und die in den §§. 72 und 73 dieses Gesetzes gebotenen Förmlichkeiten beobachtet worden sind.

§. 71. Bei Aufnahme mündlicher letztwilliger Anordnungen hat der Notar, wenn der Erblasser dunkle oder zweideutige Bestimmungen aufnehmen will, welche leicht Anlaß zu einem Rechtsstreite geben könnten, oder welche die von dem Erblasser beabsichtigte Wirkung zu äußern nicht geeignet wären, denselben in angemessener Weise zu belehren. — Besteht der Erblasser dessenungeachtet auf diesen Bestimmungen, so hat der Notar zwar die letztwillige Anordnung aufzunehmen, jedoch die von ihm gemachte Vorstellung darin ausdrücklich anzuführen.

§. 72. Ist der Erblasser blind, taub, stumm oder taubstumm, so müssen auch in diesem Falle die in den §§. 59—61 gegebenen Vorschriften, und wenn wegen der Sprachunkenntniß desselben einer der in den §§. 62—64 bezeichneten Fälle eintritt, auch die dort gegebenen Vorschriften beobachtet werden.

§. 73. Ueber die Amtshandlung ist ein Protokoll mit Beobachtung der Bestimmungen des §. 68 aufzunehmen. — Kann die Partei auch nicht das Handzeichen beisetzen, so ist das entgegenstehende Hinderniß ausdrücklich anzuführen und von den Actszeugen zu bestätigen. — Ist die letztwillige Anordnung schriftlich übergeben worden, so steht der Partei frei, zum Verschlusse des Umschlages, in welchem die letztwillige Anordnung eingeschlossen wird, ihr eigenes Siegel beizudrücken. Ist dieß geschehen, so ist davon im Protokolle Erwähnung zu thun.

§. 74. Eine gemäß §. 70 dem Notare schriftlich übergebene letztwillige Anordnung kann dem Uebergeber, jedoch nur auf sein persönliches Verlangen oder auf Verlangen desjenigen, welcher sich mit einer eigens zu diesem Behufe ausgestellten, amtlich beglaubigten Vollmacht ausweiset, zurückgestellt werden. Ueber die Zurückstellung ist ein Notariatsact aufzunehmen. — Durch eine solche Zurückstellung verliert die letztwillige Verfügung die Kraft einer gerichtlichen letztwilligen Anordnung.

§. 75. Die Vorschriften der §§. 70—73 finden auch dann Anwendung, wenn die Partei eine letztwillige Anordnung mit der Kraft einer gerichtlichen letztwilligen Anordnung widerrufen will. — Ist die widerrufene letztwillige Anordnung vor dem Notare errichtet worden, so ist der Widerruf auf dem ursprünglich aufgenommenen Protokolle, und wenn der Widerruf eine dem Notare übergebene schriftliche letztwillige Anordnung betrifft, auf dieser selbst und nicht bloß auf dem Umschlage anzumerken. — Die gleiche Anmerkung hat der Notar dann vorzunehmen, wenn er über den Widerruf einen Notariatsact aufnimmt, oder wenn eine letztwillige Anordnung widerrufen wird, über welche er einen Notariatsact aufgenommen hat.

15. Zu erwähnen ist hier auch das den Consulats-Functionären mehrerer Staaten in Oesterreich und umgekehrt den österreichischen Consulats-Functionären in jenen Ländern eingeräumte Recht, die letztwilligen Anordnungen ihrer Staatsangehörigen, und alle sonstigen dieselben betreffenden civilrechtlichen Acte, denen authentische Form gegeben werden will, entgegenzunehmen, welche Urkunden sohin vor den Gerichten beider Staaten dieselbe Kraft und Giltigkeit haben, als wenn sie vor den competenten öffentlichen Functionären in einem oder dem andern der beiden Länder errichtet worden wären. Dieses Recht ist ausdrücklich ausgesprochen: im Art. 9 des Vertrages v. 11. December 1866, Nr. 167 des R. G. Bl., mit Frankreich; im Art. IX der Consular-Convention v. 11. Juli 1870, Nr. 116 des R. G. Bl. f. 1871, mit den Vereinigten Staaten von Nordamerika; im Art. IX der Cons. Conv. v. 9. Jänner 1873, Nr. 135 des R. G. Bl. für 1874, mit Portugal, und im Art. 11 der Cons. Conv. v. 15. Mai 1874, Nr. 96 des R. G. Bl. für 1875, mit Italien. — Außerdem sind im allgemeinen alle Vorrechte und Befugnisse, welche den Consuln irgend eines dritten Staates zustehen, den gegenseitigen Consulats-Functionären eingeräumt in den Verträgen mit dem deutschen Reiche v. 9. März 1868, Nr. 52 des R. G. Bl., Art. 20; mit Spanien vom 24. März 1870, Nr. 139 des R. G. Bl. für 1871, Art. XXII; mit Japan v. 18. October 1869, Nr. 128 des R. G. Bl. für 1872, Art. II; mit Siam v. 8. Mai 1871, Nr. 8 des R. G. Bl. f. 1873, Art. II; mit Schweden und Norwegen v. 3. November 1873, Nr. 60 des R. G. Bl. für 1874, Art. VIII.

§. 591.

Unfähige Zeugen bei letzten Anordnungen.

Die Mitglieder eines geistlichen Ordens, Frauenspersonen und Jünglinge unter

achtzehn Jahren, Sinnlose, Blinde, Taube oder Stumme, dann diejenigen, welche die Sprache des Erblassers nicht verstehen, können bei letzten Anordnungen nicht Zeugen sein.

§. 592.

Wer wegen Verbrechens des Truges oder eines andern Verbrechens aus Gewinnsucht verurtheilt worden ist, kann nicht als Zeuge gebraucht werden.

§. 593.

Wer sich nicht zur christlichen Religion bekennt, kann den letzten Willen eines Christen nicht bezeugen.

1. Die rechtliche Gewißheit von der Existenz und Echtheit eines letzten Willens beruht, außer dem Falle einer eigenhändig geschriebenen und unterschriebenen letztwilligen Anordnung (§. 578), größtentheils auf der Glaubwürdigkeit der zur Errichtung derselben beigezogenen Zeugen; das Gesetz mußte also darauf bedacht sein, nur solche Personen als Zeugen zuzulassen, von denen sich mit Grund erwarten läßt, daß sie die Wahrheit werden erfahren können und aussagen wollen; es darf weder in Beziehung auf ihr phisisches und geistiges Wahrnehmungsvermögen, noch auf ihren Charakter ein Bedenken gegen sie obwalten, und ebensowenig aus ihrem Stande oder Verhältnisse, oder aus der Betrachtung eines für sie unmittelbar entspringenden Vor- oder Nachtheiles eine Besorgniß der Befangenheit hervorgehen [1]).

2. Die Bestimmungen über die Glaubwürdigkeit der Zeugen sind im allgemeinen in unseren Gerichtsordnungen enthalten, und die Zeugen werden in dieser Beziehung in verwerfliche, bedenkliche und unbedenkliche eingetheilt [2]). Unser b. G. B. kennt nur zwei Classen von Testamentszeugen, nämlich fähige (§. 585) und unfähige (§§. 591 u. ff.); letztere sind insbesondere aufgezählt; wer nicht darunter erscheint, muß demnach als ein fähiger (unbedenklicher) Zeuge angesehen werden, wenn er gleich sonst nach den Vorschriften der G. O. zu den bedenklichen Zeugen gehörte [3]).

3. Das Gesetz erklärt als unfähige Zeugen zuvörderst die Mitglieder eines geistlichen Ordens, übereinstimmend mit den älteren Verordnungen vom 4. September 1771, 25. Juli 1772, und 20. Mai 1786; weil man befürchtet, daß der zu große Eifer derselben, die Güter der Kirche oder anderer zu frommen Zwecken bestimmten Stiftungen zu vermehren, sie dazu verleiten könnte, sich als Zeugen letzter Willenserklärungen gebrauchen zu lassen, ohne sich von der Ernstlichkeit des Willens des Testators überzeugt zu haben [4]). Von dieser Anordnung sind nach dem Hfd. v. 20. Mai 1785, Nr. 433 der J. G. S., auch die auf Curatien der Seelsorge ausgesetzten Religiosen nicht ausgenommen; ist aber ein ehemaliger Religiose durch ein päpstliches Breve ordentlich als Weltpriester säcularisirt worden, so steht seiner Zeugenschaft kein Hinderniß entgegen [5]).

4. Jünglinge unter achtzehn Jahren haben in der Regel noch nicht jene Ruhe der Ueberlegung und jene Reife des Verstandes, welche sie zur Zeugenschaft bei einem so wichtigen Acte, wie die Errichtung eines Testamentes tauglich macht; sie sind daher durch das b. G. B. ebenfalls davon ausgeschlossen.

5. Das gleiche gilt von Frauenspersonen ohne Unterschied des Alters [6]), weil man ihnen im allgemeinen nicht die gehörige Umsicht und Gewandtheit in Geschäften und die erforderliche Charakterfestigkeit zutraut, daher sie auch ohnehin nicht als Zeugen bei wichtigeren Rechtsgeschäften beigezogen zu werden pflegen.

---

1) S. Zeiller, Comment. Bd. 2, S. 476.
2) §§. 140—144 der a., §§. 214—219 der gal. und §§. 204—207 der ital. G. O.
3) S. Nippel, Erläut. Bd. 4, S. 148.
4) S. Nippel, Erläut. Bd. 4, S. 143.
5) Auch die Professen des Malthese- oder Johanniter-Ordens können bei letztwilligen Anordnungen nicht Zeugen sein, da dießfalls keine Ausnahme zu ihren Gunsten besteht. Vgl. die Entscheidung in der Gazz. dei Tribun. di Milano. 1854. Nr. 24, und in der allg. österr. Ger. Ztg. 1854, Nr. 130.
6) Die unrichtige Textirung des §. 591: „Jünglinge und Frauenspersonen unter achtzehn Jahren" wurde schon durch das Hfd. v. 2. October 1812 (Goutta's G. S. Bd. 7, S. 208) und in dem Abdrucke in der J. G. S. verbessert.

6. Daß Sinnlose nicht als Zeugen fungiren können, liegt am Tage, weil sie nicht im Stande sind, die Wahrheit zuverlässig zu erfahren. Hierunter sind übrigens nicht nur Wahn- und Blödsinnige zu zählen, sondern auch jene, welche in Folge von Trunkenheit, schwerer Krankheit oder körperlicher Schmerzen sich in einem Zustande der Sinnenverwirrung befinden. Ein sehr hohes Alter würde nur dann als Hinderniß der Zeugenschaft angesehen werden können, wenn es mit wirklicher Geistesschwäche begleitet wäre [1]).

7. Blinde können sich nicht leicht die Ueberzeugung verschaffen, daß in der Person des Testators kein Betrug oder Irrthum unterlaufen sei (§. 585); Taube sind außer Stande, die Erklärung des letzten Willens oder wenigstens die Bestätigung des Erblassers, daß der vorgelegene Aufsatz seinem Willen gemäß sei, zu vernehmen; Stumme endlich sind nicht vermögend, ihre Wahrnehmungen auf unzweifelhafte Art anzugeben; das Gesetz hat also jeden, der mit einem dieser drei Gebrechen behaftet ist, von der Zeugenschaft ausgeschlossen, zumal auch nur selten der Fall eintreten dürfte, daß keine anderen fähigen Zeugen beigezogen werden könnten.

8. Diejenigen, welche die Sprache des Erblassers nicht verstehen, sind ebenfalls außer Stande, seine Verfügung oder Bestätigung gehörig aufzufassen, können daher ebensowenig, als Taube, bei letztwilligen Anordnungen Zeugen sein; dagegen brauchen diese die Sprache, in welcher der letzte Wille abgefaßt ist, nicht zu kennen, insofern sie nach §§. 579 und 580 auch nicht nöthig haben, den Inhalt desselben zu wissen. Anders wäre es natürlich in den Fällen der §§. 581 u. 585.

9. Ein Bedenken, welches aus dem Charakter eines Zeugen gegen die Glaubwürdigkeit desselben geschöpft wird, ist dann vorhanden, wenn derselbe eines in gewinnsüchtiger Absicht begangenen Verbrechens schuldig erkannt worden ist. Welche Handlungen als ein solches anzusehen seien, ist aus den jeweilig bestehenden Strafgesetzen zu beurtheilen, da der Gesetzgeber an den allgemeinen positiven Begriff eines solchen Verbrechens das Merkmal der Unfähigkeit des Zeugen knüpft, ohne die einzelnen verbotenen Handlungen aufzuzählen [2]). Derlei Verbrechen sind: Betrug, Diebstahl, Veruntreuung, Raub, Verfälschung der öffentlichen Creditspapiere, Münzverfälschung, Mißbrauch der Amtsgewalt durch Bestechung u. dgl. Die Unfähigkeit zur Zeugenschaft tritt übrigens nur dann ein, wenn jemand eines solchen Verbrechens wegen verurtheilt worden ist; sie greift also nicht Platz bei einer Verurtheilung wegen eines derlei Vergehens, einer Uebertretung oder einer nach den Gefällsgesetzen strafbaren Handlung; ferner auch nicht, wenn keine Verurtheilung stattgefunden hat. Dagegen hört die Unfähigkeit des Zeugen nicht auf, wenn er seine Strafe überstanden hat, wiewohl sonst dadurch das Verbrechen für getilgt anzusehen ist (§. 225 des St. G. B.). Auch ist ein Gegenbeweis dahin zielend, daß der betreffende Zeuge ungeachtet der erfolgten Verurtheilung zur Zeugenschaft vollkommen fähig sei, unzuläßig [3]).

Es kann hier nicht unbemerkt bleiben, daß nach §. 6 des Gesetzes v. 15. November 1867, Nr. 131 des R. G. Bl., die übrigen nachtheiligen Folgen, welche außer der Strafe mit strafrechtlichen Erkenntnissen schon aus dem Strafgesetze oder kraft anderer gesetzlichen Vorschriften verbunden, und insofern dieselben daher nicht insbesonders von dem Richter zu verhängen sind, bei den Verbrechen aus Gewinnsucht mit dem Ablaufe von zehn Jahren, wenn der Schuldige zu einer wenigstens fünfjährigen Kerkerstrafe verurtheilt wurde, und außerdem mit dem Ablaufe von fünf Jahren nach dem Ende der Strafe aufhören. — Dagegen ist aber auch die im Judicatenbuche unter Nr. 89 eingetragene grundsätzliche Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 9. Juni 1874, Z. 5264, zu erwähnen, nach welcher der §. 140, lit. b der allgemeinen Gerichtsordnung, welcher wegen Betruges oder wegen eines Verbrechens aus Gewinnsucht verurtheilte Personen als verwerfliche Zeugen erklärt, durch die vorstehende Anordnung des Gesetzes v. 15. November 1867, nicht abgeändert worden ist.

---

1) S. Nippel, Erläut. Bd. 4, S. 144.
2) S. Pratobevera, Mat. Bd. 7, S. 224.
3) S. die Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 23. April 1852, Z. 3772, in Nr. 140 der allg. österr. Ger. Ztg. J. 1855.

10. Der §. 593 des b. G. B. schloß auch Nicht-Christen von der Zeugenschaft bei dem letzten Willen eines Christen aus, sowie der §. 142, lit. d der a. G. O. (§. 217, lit. d der gal. und §. 207, Abs. 4 der ital.) einen Juden für einen Juden wider einen Christen wenigstens als bedenklichen Zeugen erklärt. Durch die k. Vdg. v. 6. Jänner 1860, Nr. 9 des R. G. Bl., wurde aber der §. 593 des a. b. G. B. außer Kraft gesetzt, und es können daher auch solche Personen, welche sich nicht zur christlichen Religion bekennen, den letzten Willen eines Christen giltig bezeugen. Diese Bestimmung hat auch auf bereits errichtete schriftliche und mündliche letzte Willenserklärungen eines Christen, wobei Zeugen zugezogen wurden, welche sich nicht zur christlichen Religion bekennen, Anwendung zu finden, wenn der Erblasser nicht schon vor dem Tage der Kundmachung dieser Verordnung gestorben ist. Auch die Bestimmung des §. 142, lit. d der allg., §. 217, lit. d der galiz. und §. 207, Abs. 4 der ital. Gerichtsordnung, wornach ein Jude für einen Juden gegen einen Christen ein bedenklicher Zeuge ist, wurde sowohl für die Zukunft, als in Beziehung auf die anhängigen Processe außer Kraft gesetzt.

11. Aus allgemeinen Grundsätzen muß gefolgert werden, daß eine erst nachträglich eingetretene Unfähigkeit eines Zeugen, welche nämlich zur Zeit seiner Zuziehung zur Erklärung des letzten Willens noch nicht vorhanden war, aber zur Zeit seiner gerichtlichen Vernehmung schon existirt, der Giltigkeit der letztwilligen Anordnung nicht schaden könne, wofern nur die Unfähigkeit keine solche ist, welche den Zeugen hindert, die Wahrheit anzugeben, wie z. B. wenn er in Wahnsinn verfallen wäre [1]).

§. 594.

Ein Erbe oder Legatar ist in Rücksicht des ihm zugedachten Nachlasses, kein fähiger Zeuge, und eben so wenig dessen Gatte, Eltern, Kinder, Geschwister oder in eben dem Grade verschwägerte Personen, und die besoldeten Hausgenossen. Die Verfügung muß, um giltig zu sein, von dem Erblasser eigenhändig geschrieben; oder durch drei von den gedachten Personen verschiedene Zeugen bestätiget sein.

1. Es ist in der Natur des menschlichen Begehrungsvermögens gelegen, daß niemand in eigener Sache, oder in der Sache seiner nächsten Angehörigen, oder solcher Personen, gegen welche er im Verhältnisse der Abhängigkeit steht, ein unbefangener, glaubwürdiger Zeuge sein könne, weil zu befürchten ist, daß er sich aus Neigung oder Eigennutz von der Wahrheit abwendig machen ließe. Deßhalb erklärt das Gesetz für unfähige Zeugen:

a) den Erben, in Rücksicht des ihm zugedachten Erbtheiles;

b) den Legatar, bezüglich des demselben zugewendeten Vermächtnisses;

c) die nächsten Angehörigen dieser Personen, und zwar: (da das Gesetz nicht weiter unterscheidet) den Ehegatten, mag derselbe in ungetrübter Ehe leben oder von Tisch und Bett geschieden sein; die Kinder und Eltern, d. h. alle Descendenten und Ascendenten ohne Unterschied der Nähe des Grades (§. 42) und ohne Rücksicht auf die eheliche oder uneheliche Geburt; ferner nach §. 183 auch die Wahleltern und Wahlkinder, endlich die voll- und halbbürtigen Geschwister, und die in eben dem Grade verschwägerten Personen;

d) die besoldeten Hausgenossen, d. h. diejenigen, welche um einen bestimmten Lohn im Gelde oder in Naturalien (um die Kost) dienen, und zugleich die Wohnung im Hause des Dienstgebers genießen; es erscheinen daher als fähige Zeugen diejenigen, welche zwar Hausgenossen sind, aber keinen Lohn oder Kost beziehen, sondern sich selbst erhalten, sowie diejenigen, welche zwar um Kost oder Lohn, oder um beides zugleich einem Herrn dienen [2]), aber nicht in dessen Hause wohnen [3]), wie

---

[1]) S. Nippel, Erläut. Bd. 4, S. 150.

[2]) Vgl. §. 15 der a. G. O., §. 124 der gal. und §. 117 der ital. G. O.

[3]) Die Hfd. v. 27. September 1792, Nr. 54 der J. G. S., lit. e., vom 26. November 1802, Nr. 584 ebd., und v. 24. Aug. 1803, Nr. 622 ebd., nehmen den Begriff der Hausgenossen im weitern Sinne, so daß das Merkmal des Wohnens im Hause des Dienstherrn dabei nicht als wesentlich erscheint. Allein diese

z. B. Aerzte, Sachwalter, Gewerbsgehilfen, Handlungsdiener u. dgl. Ueberhaupt sind Personen, welche mit dem Erblasser in einem unter c und d erwähnten Verhältnisse stehen, wenn dieser bloß zu fremdem Vortheile über seinen Nachlaß verfügt hat, durchaus von der Zeugenschaft nicht ausgeschlossen; und nicht minder unschädlich ist es, wenn die Zeugen untereinander in einer der gedachten Verbindungen sich befinden; es können daher z. B. Vater und Sohn, zwei Brüder, ein Dienstgeber und ein Hausgenosse desselben ohne weiters als Zeugen angewendet werden, wenn ihnen sonst kein Hinderniß entgegensteht.

2. Wäre eine der im §. 594 aufgeführten Personen als Zeuge beigezogen worden, so ist deßhalb nicht die ganze letztwillige Anordnung ungiltig, sondern nur jene Verfügung derselben, durch welche dem Zeugen oder seinen mehrerwähnten Angehörigen ein Erbtheil oder Legat zugedacht wurde.

3. Einer solchen Anordnung dennoch Giltigkeit zu verschaffen, stehen dem Erblasser zwei Wege offen; entweder

a) den betreffenden Testamentsabsatz eigenhändig zu schreiben, und insbesondere, oder im Ganzen zu unterschreiben (§§. 578 und 579), oder aber

b) drei von den gedachten Personen verschiedene Zeugen beizuziehen, die natürlich überhaupt zur Bezeugung eines letzten Willens fähig sind, und deren Bestätigung der gewählten Testaments-Form entspricht (§§. 579—581). Hätte der Erblasser in einem nicht eigenhändig geschriebenen Testamente alle drei oder zwei Zeugen bedacht, so würde es nach Winiwarter's Ansicht (bürg. Recht, Bd. 3, S. 100) nicht hinreichen, wenn er noch einen vierten, unbedenklichen Zeugen beizöge, weil das Gesetz drei von den im §. 594 als unfähig erklärten verschiedenen Zeugen fordert, und weil es gefährlich wäre, jenen Glauben beizumessen, deren Aussagen zu ihrem wechselseitigen Vortheile dienen sollen. Allein mit Recht bemerkt Mattei (Comment. V. III, p. 195) hiergegen, daß das Gesetz den Erben oder Legatar nicht im allgemeinen, sondern nur in Rücksicht des ihm zugedachten Nachlasses für einen unfähigen Zeugen erklärt, daß er also in Rücksicht des, einem andern Zeugen zugewendeten Erbtheiles oder Vermächtnisses als ein fähiger Zeuge angesehen werden müsse.

Zu der hier und in dem nächsten §. erwähnten Bestätigung genügt es nach der im Judicatenbuche unter Nr. 55 eingetragenen grundsätzlichen Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 26. Mai 1863, Z. 3623, daß die drei von den gedachten Personen verschiedenen Zeugen den letzten Willen in gesetzlicher Form unterschrieben haben, und es ist nicht nothwendig, daß sie die fragliche Anordnung von dem Erblasser mündlich bekräftigen hörten und dieß bestätigen können.

§. 595.

Wenn der Erblasser demjenigen, welcher den letzten Willen schreibt, oder dessen Ehegatten, Kindern, Eltern, Geschwistern oder in eben dem Grade verschwägerten Personen einen Nachlaß bestimmt, so muß die Anordnung auf die im vorhergehenden Paragraphe erwähnte Art außer Zweifel gesetzt sein.

1. Daß der Schreiber eines letzten Willens, wenn ihm die erforderlichen Eigenschaften dazu nicht mangeln, als Zeuge verwendet werden könne, unterliegt keinem Zweifel. Ist dieses geschehen, so sind die Anordnungen des vorhergehenden §. auch auf ihn in Anwendung zu bringen.

2. Ist dagegen die schriftliche Abfassung des Testamentes einer von den (drei fähigen) Zeugen verschiedenen (vierten) Person anvertraut worden, so kann derselben oder ihren Angehörigen ohne Beobachtung weiterer Vorsichten ein Erbtheil oder Vermächtniß zugewendet werden, da hier vorausgesetztermaßen schon drei unbedenkliche Zeugen vorhanden sind, welche diese Verfügung bekräftigen.

Begriffsbestimmung ist für die Auslegung des §. 594 des b. G. B. nicht maßgebend. In diesem Sinne wurde auch ein in Haimerl's Mag. (Bd. 7, S. 361) mitgetheilter Rechtsfall in 2. und 3. Instanz entschieden.

3. Was von dem Schreiber des letzten Willens gesagt wurde, kann nicht auch auf einen bloßen Concipienten desselben bezogen werden[1]).

§. 596.

Was von der Unbefangenheit und Fähigkeit des Zeugen, die Person des Erblassers außer Zweifel zu setzen, verordnet wird, ist auch auf die gerichtlichen Personen, die einen letzten Willen aufnehmen, anzuwenden.

1. Da die gerichtlichen Personen, die einen letzten Willen aufnehmen, die Stelle der sonst erforderlichen Zeugen vertreten, so ist es natürlich, daß die Bestimmungen des Gesetzes über die Unbefangenheit und Fähigkeit der Zeugen auch auf sie anzuwenden sind. Erkennt sich das Gericht aus einem solchen Grunde für unfähig, so hätte es den Testator an eine andere Gerichtsbehörde zu verweisen.

2. Nach §. 33 der Not. Ordg. v. 25. Juli 1871, Nr. 75 des R. G. Bl., darf ein Notar keinen Act (also auch keinen letzten Willen) aufnehmen, bei welchem er selbst, seine Ehegattin, oder eine Person betheiligt ist, welche mit ihm in auf- oder absteigender Linie verwandt, durch Adoption verbunden oder verschwägert, sein Geschwisterkind, oder noch näher mit ihm verwandt, oder bis zum zweiten Grade verschwägert ist, oder wenn der Act irgend eine Verfügung zu seinen Gunsten oder zu Gunsten solcher Personen enthalten soll. In einem solchen Falle ermangelt der ganze Act der Wirkung eines Notariatsactes. Ueber die Eigenschaft der einem Notariatsacte beizuziehenden Zeugen bestimmt aber §. 57 der Not. Ordg., daß sie männlichen Geschlechtes, mindestens zwanzig Jahre alt sein müssen, daß sie der Notar persönlich kenne, oder daß ihre Personsidentität durch zwei andere, dem Notar persönlich bekannte Zeugen bestätiget werden muß. Sie müssen, wenn nicht ein Dolmetsch beigezogen wird, die Sprache verstehen, in welcher der Act aufgenommen wird, und wenigstens einer der Zeugen des Notariats-Actes muß lesen und schreiben können. Von der Zeugenschaft ausgeschlossen sind diejenigen: a) welche nach ihrer Körper- oder Geistesbeschaffenheit ein Zeugniß zu geben unvermögend sind; b) jene, denen entweder selbst ein Vortheil aus dem Acte zugedacht ist, oder die mit einer bei dem Acte betheiligten oder darin begünstigten Person oder mit dem Notar in einem der oben (im §. 33 d. Not. Ordg.) erwähnten Verhältnisse stehen; c) das Kanzlei- und Dienstpersonale des Notars.

§. 597.

Von den begünstigten letzten Anordnungen.

Bei letzten Anordnungen, welche auf Schifffahrten und in Orten, wo die Pest oder ähnliche ansteckende Seuchen herrschen, errichtet werden, sind auch Mitglieder eines geistlichen Ordens, Frauenspersonen und Jünglinge, die das vierzehnte Jahr zurückgelegt haben, giltige Zeugen.

§. 598.

Zu diesen begünstigten letzten Anordnungen werden nur zwei Zeugen erfordert, wovon einer das Testament schreiben kann. Bei Gefahr einer Ansteckung ist auch nicht nöthig, daß beide zugleich gegenwärtig sind.

§. 599.

Sechs Monate nach geendigter Schifffahrt oder Seuche verlieren die begünstigten letzten Willenserklärungen ihre Kraft.

1. Die vorstehenden §§. handeln von den sogenannten begünstigten letztwilligen Anordnungen, welche das Gesetz nicht etwa aus Rücksicht für gewisse privilegirte Stände oder Personen, sondern deßhalb eingeführt hat, weil es Lagen oder Verhältnisse geben kann, in denen es schwer oder unmöglich wird, die im allgemeinen vorgeschriebenen Förmlichkeiten zu beobachten. Für diese Fälle hat theils in der

---

[1]) S. Unger, Erbrecht S. 52, Anmrkg. 19. — Anderer Meinung ist Ellinger, Handb. S. 233.

Zahl, theils in der Eigenschaft der beizuziehenden Zeugen, theils in der Art ihrer Beiziehung eine Ausnahme statt; in allen übrigen Punkten müssen die gesetzlichen Vorschriften auch hier erfüllt werden.

2. Das Gesetz hat die Fälle, in denen eine solche begünstigte letzte Anordnung errichtet werden kann, genau bezeichnet. Eine analoge Ausdehnung auf andere, individuelle Gefahren ist durchaus unzulässig, da sie nur der Willkür Raum geben würde. Dagegen tritt die abweichende Begünstigung auch dann ein, wenngleich gezeigt werden könnte, daß in dem fraglichen Falle die allgemeinen gesetzlichen Vorschriften hätten beobachtet werden können; weil sich die Gesetzgebung nicht in Einzelheiten verlieren kann, und durch weitere Ausnahmen das Testiren in solchen gefährlichen Lagen nicht ferner erschweren will [1]).

3. Diese Fälle sind:

a) Der Fall einer Schiffahrt, und zwar, da §. 597 nicht weiter unterscheidet, sowohl zur See, als auf einem Flusse oder anderweitigen Binnengewässer, da man hier in der Auswahl der Zeugen auf die in demselben Fahrzeuge befindlichen Personen beschränkt ist;

b) wenn in dem Orte, wo das Testament errichtet werden soll, eine ansteckende Krankheit herrscht, weil hier die Zeugen Bedenken tragen, sich dem Erblasser zu nähern und dadurch vielleicht der Gefahr einer Ansteckung auszusetzen. Ob ein solcher Fall vorhanden sei, wird in der Regel aus den von den politischen Behörden getroffenen Vorkehrungen zu entnehmen sein [2]), und könnte wohl auch im Nothfalle durch das Zeugniß der Aerzte oder Wundärzte erwiesen werden, da diese ohnehin zufolge ihrer Instructionen verpflichtet sind, von jedem Ausbruche einer Epidemie die gehörige Anzeige zu machen. Ob übrigens eine Seuche für ansteckend zu halten sei oder nicht, ist oft selbst unter den Fachkundigen streitig; allein es wird hier wohl nicht auf eine wissenschaftliche Unterscheidung zwischen contagiösen und epidemischen Krankheiten ankommen, sondern vielmehr auf die allgemein verbreitete Ansicht von dem Wesen eines solchen Uebels, so daß, wenn dasselbe in der Regel einen schnellen Tod herbeiführt, und bei andern eine gewisse Scheu erregt, die Begünstigung des Gesetzes allerdings eintreten dürfte [3]). Aus dem Geiste dieser Anordnung scheint auch zu folgen, daß der Ausdruck „Ort" im §. 597 nicht bloß im geographischen Sinne (gleichbedeutend mit „Ortschaft"), sondern in der gewöhnlichen Bedeutung für einen abgeschlossenen Raum (z. B. ein Haus, ein Spital) zu nehmen sei [4]). Im Einklange hiermit steht auch die Verfügung des §. 45 der Instruction für die Contumazdirectoren (Gener. Sanitäts-Norm. vom 2. Jänner 1770, Kropatschek's G. S. Bd. 6, S. 87): „Wer in der Contumaz eine letztwillige Anordnung machen will, dem ist solches allerdings dermaßen gestattet, daß solche als ein privilegirtes Testament betrachtet werden soll, in welchem ohne alle Feierlichkeiten die alleinige natürliche Probe erforderlich ist. Der Director, Medicus, Chirurgus, Caplan, Dolmetsch, Aufseher, Knechte, oder was immer für Personen, die in der Contumaz-Station angestellt sind, können in einem solchen letzten Willen weder zu Erben eingesetzt, noch ihnen etwas hinterlassen, auch sie nicht zu Testamentsexecutoren

---

1) S. Nippel, Erläut. Bd. 4, S. 157.

2) Vgl. mein Handbuch der österr. Verwaltungs-Gesetzkunde, 3. Aufl., Bd. 2, S. 93.

3) Vgl. Nr. 129 der allg. österr. Ger. Ztg. vom Jahre 1854. So wurde von zwei Gerichten der Lombardie ein während der Cholera-Epidemie errichtetes Testament als ein begünstigtes aufrecht erhalten (während eine Entscheidung des venetianischen Appellationsgerichtes sich für die gegentheilige Meinung aussprach). Eine weitere Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 27. Mai 1857, Z. 4197 (in Nr. 93 der allg. österr. Ger. Ztg. J. 1857 und Nr. 367 der Sammlg. von Glaser u. Unger), hat sich in gleichem Sinne ausgesprochen. In dem constatirten Herrschen einer Seuche und deren fulminanten Wirkungen, sowie in dem nothwendigen Eindrucke dieser Thatsache auf die Gemüther — nicht in den theoretischen Erörterungen über die geheimnißvolle Natur einer Krankheit — ist der pestähnliche Charakter derselben zu erkennen, welcher, wie es in den Entscheidungsgründen heißt, durch Schrecken und begründete Besorgniß vor Ansteckung lähmend auf dem Verkehr und der dienstfertigen Annäherung von Zeugen an, von der Seuche ergriffene Personen lastet, und die Begünstigung der letztwilligen Anordnung einer solchen Person rechtfertigt. — Von derselben Ansicht geht die in Glaser's und Unger's Sammlg. unter Nr. 718 mitgetheilte Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 3. Febr. 1859, Z. 572, aus.

4) S. Winiwarter, bürgl. Recht, Bd. 3, S. 102.

ernannt werden, und sind dergleichen Vermächtnisse oder aufgetragene Commissionen als gänzlich ungiltig anzusehen; den einzigen Fall ausgenommen, wenn der Verstorbene solche mit selbst eigener Hand dem Testamente einverleibet, oder der Verstorbene mit dem Beneficiate versippschaftet, oder wenn der Testirende des Schreibens unkundig, dann die Zeugen deutlich erklärt hätten, daß sein Vermächtniß aus freiem und ungezwungenem Willen entspringe." Ebenso verordnet §. 71 der Pest-Polizeiordnung vom 30. Juni 1837 (pol. G. S. Bd. 65, S. 290): „Letztwillige Anordnungen erkrankter Contumazisten können von solchen, insoweit die Landesgesetze es gestatten, ohne die sonst erforderlichen Förmlichkeiten errichtet werden. Individuen des Contumaz-Personales dürfen aber, wenn sie durch dieselben zu Universalerben, Legatarien oder Testamentsvollstreckern eingesetzt werden, weder Vermächtnisse an-, noch die Testamentsvollstreckung übernehmen. Eine Ausnahme hiervon fände nur dann statt, wenn der Erblasser mit einem solchen Individuum erweislich verwandt ist, und derselbe seinen letzten Willen eigenhändig geschrieben und unterschrieben, und noch vor Zeugen ausdrücklich seinen ungezwungenen Willen und freien Entschluß erklärt hat."

4. Die bei den begünstigten letzten Anordnungen gestatteten Abweichungen von den allgemeinen Vorschriften bestehen nun darin, daß

a) nur zwei Zeugen erfordert werden, während das Gesetz sonst deren drei als nothwendig voraussetzt (§§. 579—586 und oben S. 188 d. W.); daß einer der Zeugen das Testament auch schreiben kann, geht schon aus der Verfügung des §. 581 hervor;

b) daß auch Mitglieder eines geistlichen Ordens, Frauenspersonen und Jünglinge über vierzehn Jahren giltige Zeugen sein können [1]); endlich

c) daß, jedoch nur bei Gefahr einer Ansteckung, die beiden Zeugen nicht zugleich gegenwärtig zu sein brauchen (vgl. §§. 579, 580, 581 und 585).

5. Die Frage, ob eine letztwillige Anordnung, welche nur mit den für begünstigte letzte Willenserklärungen vorgeschriebenen Erfordernissen versehen ist, giltig sei oder nicht, kann nicht im Wege der Verlassenschaftsabhandlung entschieden werden; es muß hierüber vielmehr ein Erkenntniß im ordentlichen Rechtswege erfolgen [2]).

6. Schon unter den Civilisten war die Ansicht vielfach verbreitet, daß das privilegirte Testament erlösche, sobald der Grund desselben hinweggefallen ist. Unser b. G. B. hat sich dieser Meinung angeschlossen; da jedoch auch nach vorübergegangener Gefahr die Folgen derselben oft noch längere Zeit fortdauern, und da die meisten Menschen nicht so leicht an die Erklärung ihres letzten Willens gehen, so tritt die fragliche Erlöschung erst nach Verlauf von sechs Monaten ein, während welcher also der Erblasser Zeit hat, eine andere letztwillige Verfügung mit Beobachtung aller gesetzlichen Erfordernisse zu treffen. Würde er dieses nicht thun, und nach dem gedachten Zeitraume mit Tode abgehen, so müßte die Intestaterbfolge eintreten (§§. 727).

7. Wann die Schiffahrt als beendigt anzusehen sei, ist aus der Natur der Sache zu entnehmen; das Aufhören der Seuche aber wird in der Regel ebenso wie der Ausbruch derselben durch die besonderen, von den politischen Behörden angeordneten Maßregeln constatirt werden können [3]).

8. Würde die begünstigte Lage während des in Frage stehenden sechsmonatlichen Zeitraumes wieder eintreten, so müßte nach ihrer Aufhebung die Frist zur Giltigkeit neuerdings vollständig berechnet werden [4]).

§. 600.

Die Begünstigungen der Militär-Testamente sind in den Militär-Gesetzen enthalten.

[1]) Vgl. §. 140 der a., §. 214 der galiz. u. §. 204 der ital. G. O.
[2]) S. den in Nr. 11 der allg. österr. Ger. Ztg. v. Jahr 1855 dargestellten Rechtsfall.
[3]) S. mein Handbuch der österr. Verwaltungs-Gesetzkunde. 3. Aufl., Bd. 2, S. 98.
[4]) S. Zeiller, Comment. Bd. 2, S. 487.

Das für das k. k. Herr am 9. August 1873 erlassene Dienstreglement schreibt im §. 101, Abs. 719 und 720, vor: Jeder activ dienenden oder in der Versorgung eines Invalidenhauses stehenden Person des Soldatenstandes kommt das Recht zu, die letztwillige Anordnung über ihr Vermögen mit minderen Förmlichkeiten zu errichten, als jene sind, welche die Civilgesetze vorschreiben. Zur Giltigkeit der schriftlichen letzten Willenserklärung, welche eine Militärperson nicht selbst geschrieben und unterschrieben hat, genügt ihre Fertigung und die Unterschrift von zwei Zeugen, die zugleich gegenwärtig sein sollen, und von denen einer der Schreiber des letzten Willens sein kann. Bei einer mündlichen letztwilligen Verfügung ist die Gegenwart von zwei Zeugen, die zugleich gegenwärtig sein müssen und den Erblasser von Person kannten, hinreichend. Nur während eines Feldzuges ist weder bei einem schriftlichen, noch bei einem mündlichen Testamente die gleichzeitige Anwesenheit der Zeugen zur Giltigkeit desselben nothwendig, wenn es nur sonst dem letzten Willen nicht an rechtlicher Gewißheit fehlt. Bei letztwilligen Anordnungen der Militärpersonen sind auch Mitglieder eines geistlichen Ordens, Frauenspersonen und Jünglinge, die das vierzehnte Jahr zurückgelegt haben, giltige Zeugen. Alle diese Vorrechte genießen übrigens auch jene Militärpersonen, welche nicht zum Soldatenstande gehören, wenn sie während des Feldzuges bei der Armee oder auch im Frieden zur See auf einem Kriegsschiffe in dienstlicher Verwendung stehen. — Die Giltigkeit eines begünstigten Testamentes erlischt jedoch: a) bei allen letztgenannten Personen sechs Monate nach kundgemachtem Frieden oder ihrer Ausschiffung und ebenso nach sechs Monaten, wenn sie während des Krieges für ihre Person in friedliche Verhältnisse getreten sind; b) bei allen Militärpersonen ohne Ausnahme sechs Monate nach ihrem Austritte aus der activen Dienstleistung; endlich c) gleichfalls ohne Unterschied der Personen nach einer strafweisen Entlassung und zwar unmittelbar nach Kundmachung derselben.

§. 601.

Ungiltigkeit der unförmlichen letzten Anordnungen.

Wenn der Erblasser Eines der hier vorgeschriebenen, und nicht ausdrücklich der bloßen Vorsicht überlassenen Erfordernisse nicht beobachtet hat, so ist die letzte Willenserklärung ungiltig.

1. Die vom Gesetze vorgeschriebenen Testaments-Förmlichkeiten sind theils wesentliche, theils solche, welche ausdrücklich der bloßen Vorsicht des Testators überlassen worden sind (§§. 578, 580 und 585). Ein in Ansehung der ersteren eingetretener Mangel muß der Natur der Sache nach die damit behaftete letztwillige Anordnung ungiltig machen; doch verknüpft das Gesetz diese Folge nur mit der Unterlassung derjenigen Förmlichkeiten, welche der Erblasser selbst zu beobachten hat (z. B. daß er den Aufsatz eigenhändig schreibe oder unterschreibe, daß er die nöthige Anzahl Zeugen beiziehe), oder deren Beobachtung er zu überwachen im Stande ist (z. B. daß die Zeugen sich als Zeugen des letzten Willens auf der Urkunde selbst unterschreiben, daß das Gericht, vor welchem testirt werden soll, gehörig besetzt sei [1]). Dagegen würde ein Formgebrechen, welches in keiner Weise dem Erblasser zur Schuld fällt (z. B. wenn der Richter das Testament nicht versiegelt, oder die Aufnahme des vorgeschriebenen Protokolles vernachlässiget hat), die fragliche Ungiltigkeit nicht herbeiführen.

2. Daß anderseits nicht bloß die Außerachtlassung der hier (d. i. in den vorhergehenden §§. des b. G. B.) vorgeschriebenen Förmlichkeiten, sondern auch die Verabsäumung anderer, in den Vorschriften der Gerichtsordnung enthaltener Bestimmungen die Ungiltigkeit einer letztwilligen Anordnung herbeiführen könne, ist bereits oben (S. 186 d. W.) erwähnt worden.

3. Trifft der vorausgesetzte Mangel nur einzelne Theile eines Testamentes, so werden auch nur diese unwirksam, was z. B. in den Fällen der §§. 594 und 595 leicht eintreten kann. Dagegen würde aus der Ungiltigkeit eines Testamentes auch die Ungiltigkeit eines Codicilles folgen, welches nach dem Willen des Erblassers nicht für sich selbst bestehen soll, wenngleich letzteres mit allen nöthigen Förmlichkeiten versehen wäre.

4. Es ist durchaus unstatthaft, die Giltigkeit einer letzten Willenserklärung theilweise nach den Förmlichkeiten eines schriftlichen Testamentes und theilweise

---

[1] Vgl. den Civilrechtsfall in Nr. 58 der allg. österr. Ger. Ztg. J. 1852.

nach jenen eines mündlichen Testamentes zu beurtheilen[1]), sondern es ist darauf zu sehen, welche Testamentsform der Erblasser gewählt hat, so daß, wenn die Erfordernisse dieser gewählten Form nicht vorhanden sind, die Erklärung als ungiltig betrachtet werden muß, obgleich sie mit den Erfordernissen einer andern, aber vom Erblasser nicht beabsichtigen Testamentsform versehen wäre[2]).

5. Schriftliche Testamente und Codicille müssen nach §. 61 des Pat. vom 9. August 1854, Nr. 208 des R. G. Bl., sobald über den Tod des Erblassers kein Zweifel obwaltet, selbst wenn denselben ein gesetzliches Erforderniß mangeln sollte, sogleich eröffnet und kundgemacht werden; es darf also, wie schon das Hfd. v. 12. August 1812, Nr. 1002 der J. G. S., bestimmte, kein Gericht ein Testament von Amtswegen verwerfen, sondern es ist die Sache der betheiligten Parteien, ihre Rechte geltend zu machen, und sohin die Giltigkeit einer unförmlichen letzten Willenserklärung zu bestreiten (vgl. auch §. 1487). Gegen den Erben aus einer, in der gehörigen Form errichteten und hinsichtlich ihrer Echtheit unbestrittenen letzten Willenserklärung muß nach §. 126 des o. a. Pat. jedermann, dessen Ansprüche nur auf der gesetzlichen Erbfolge beruhen, als Kläger auftreten. Sind aber Erbserklärungen testamentarischer Erben unter einander im Widerspruche, so hat das Gericht nach Vernehmung beider Theile denjenigen der streitenden Erben zur Ueberreichung der Klage anzuweisen, welcher, um sein Erbrecht geltend machen zu können, den stärkeren Erbrechtstitel seines Gegners vorerst entkräften muß.

6. Ist ein schriftliches Testament mit allen äußerlichen Erfordernissen einer giltigen letztwilligen Anordnung versehen, und wird nichtsdestoweniger behauptet, daß dasselbe unecht sei, so genügt nicht der einfache Widerspruch gegen die Echtheit desselben, sondern der Beweis der Unechtheit liegt demjenigen ob, der sie behauptet. Dieß folgt schon aus den allgemeinen processualischen Grundsätzen über die Last des Beweises, und kann durch die Anordnung des §. 134 der a. G. O.[3]), welcher verfügt, „daß in dem Falle, als behauptet wird, die beigebrachte Urkunde sei die Handschrift eines Verstorbenen, und jener, wider welchen sie angeführt wird, es widerspricht, dem Beweisführer obliege, sein Vorgeben durch Vergleichung der Handschriften, allenfalls durch Auftragung des Eides, oder in andere Wege zu erweisen," nicht entkräftet werden; denn dieser §. setzt offenbar voraus, daß die producirte Urkunde (z. B. ein Schuldschein) als Beweismittel für das angesprochene Recht beigebracht wurde, und daß sich dieses angesprochene Recht auf die Beweiskraft dieser Urkunde stützt. Bei der Bestreitung eines Testamentes tritt aber der umgekehrte Fall ein, denn hier wird das angesprochene Erbrecht nicht auf die Beweiskraft, sondern gerade im Gegentheile auf die Ungiltigkeit der über den letzten Willen errichteten Urkunde gestützt[4]).

---

[1]) Vgl. den in Nr. 65 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1854 mitgetheilten Rechtsfall.

[2]) Vgl. den Rechtsfall in Nr. 23 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1854. — Vor kurzem ereignete sich der Fall, daß jemand, der von einem heftigen Cholera-Anfalle ergriffen worden war, in Gegenwart seines Arztes einen herbeigerufenen Advokaten ersuchte, seinen letzten Willen zu Papier zu bringen, und diesem seine Anordnungen in die Feder sagte. Nachdem dieß geschehen war, und der Advokat sich anschickte, den gemachten Aufsatz dem Testator vorzulesen, und ihn von demselben unterschreiben zu lassen, war der Kranke bereits verschieden. Wir sind nach obigem der Ansicht, daß hier keine giltige letzte Willenserklärung vorhanden sei; denn der Erblasser wollte schriftlich testiren, konnte aber die Förmlichkeiten eines schriftlichen Testamentes nicht mehr beobachten. Das in die Feder sagen kann aber nicht als eine mündliche Erklärung des letzten Willens angesehen werden, da es immer noch möglich gewesen wäre, daß der verfaßte Aufsatz dem Willen des Testators nicht entsprochen hätte, und da dieser jedenfalls erst durch die Beisetzung seiner Unterschrift oder seines Handzeichens dem ganzen Acte den Stempel der Vollendung aufdrücken muß. — Ein anderer Fall ist jener, den wir oben S. 195, Anmerkg. 2 d. W., berührt haben.

[3]) §. 208 der gal. und §. 198 der ital. G. O.

[4]) Vgl. den Civilrechtsfall in Nr. 91 und 92 der allg. österr. Ger. Ztg. vom J. 1852, und die in obigem Sinne erflossene Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 14. Mai 1852, dann die Entscheidung v. 4. März 1857, Z. 1724, Haimerl's Mag. Bd. 16, S. 150, — v. 17. Mai 1859, Z. 4323, in Nr. 27 der Ger. Halle J. 1859 und in Glaser's und Unger's Sammlg. Nr. 793, und v. 16. März 1864, Z. 1851, in der allg. österr. Ger. Ztg. J. 1864, Nr. 72. — Ausführlicheres über diese, eigentlich in das Gebiet der Proceßlehre gehörige Frage in dem Aufsatze von J. P.: „Bemerkungen über den §. 134 der a. G. O., mit besonderer Beziehung auf letztwillige Anordnungen" in der Zeitschr. für österr. Rechtsgel. 1834, I., S. 129, und J. N. Krauß: „Ueber die Erfordernisse der Testaments-Impugnationsklage," im Jurist, Bd. 4, S. 18. — D. Leo Nagl, Beweislast bei der Bestreitung eines schriftlichen Testamentes, in der allg. österr. Ger. Ztg. J. 1862,

7. Die Ungiltigkeit einer letztwilligen Anordnung oder einzelne Theile derselben kann auch noch aus anderen Gründen, als aus dem Mangel der nöthigen Förmlichkeiten, von denen übrigens der §. 601 seiner Marginal-Inschrift zufolge, allein spricht, hervorgehen, und zwar: a) aus dem Abgang der persönlichen Fähigkeit des Testators (§§. 566—574), in welchem Falle der letzte Wille im Ganzen als ungiltig betrachtet werden muß[1]; b) aus einem Mangel in Ansehung der inneren Form (§§. 564 und 565), wo dieselbe Wirkung eintritt; c) aus der Unfähigkeit des eingesetzten Erben oder Legatars (§§. 538—544), welche aber nur die Ungiltigkeit der betreffenden Anordnung nach sich zieht; endlich d) wegen Uebergehung oder unrechtmäßiger Enterbung eines Notherben, was aber bloß die Folge hat, daß der Uebergangene oder unrechtmäßig Enterbte deßungeachtet den ihm gebührenden Pflichttheil verlangen kann (§§. 775, 776 und 781); nur ausnahmsweise (im Falle des §. 778) wird das ganze Testament ungiltig.

8. Ueberdieß kann eine ursprünglich giltige letztwillige Anordnung ganz oder zum Theile unwirksam werden: a) wenn der eingesetzte Erbe oder Legatar vor dem Erblasser stirbt (§. 536); oder unfähig wird, da die Erbfähigkeit zufolge §. 545 nicht nach dem Zeitpunkte der Erklärung des letzten Willens, sondern nach jenem des Erbanfalles bestimmt wird; b) wenn der Bedachte dem ihm zugewiesenen Erbtheile oder Vermächtnisse entsagt (§§. 551 und 805); c) wenn ein kinderloser Erblasser erst nach Erklärung seines letzten Willens einen Notherben erhält, für den keine Vorsehung getroffen ist (§. 778). Dagegen zieht der Verlust der Testirungsfähigkeit nach österreichischem Rechte in der Regel (§. 575) nicht die Ungiltigkeit des Testamentes nach sich, wie schon oben S. 183 d. W. erörtert wurde.

§. 602.

Erbverträge sind nur unter Ehegatten giltig.

Erbverträge über die ganze Verlassenschaft, oder einen in Beziehung auf das Ganze bestimmten Theil derselben, können nur unter Ehegatten giltig geschlossen werden. Die Vorschriften hierüber sind in dem Hauptstücke von den Ehe-Pacten enthalten.

§. 603.

Von Schenkungen auf den Todesfall. Beziehung.

In wie fern eine Schenkung auf den Todesfall als ein Vertrag, oder als ein letzter Wille zu betrachten sei, wird in dem Hauptstücke von den Schenkungen bestimmt.

Es ist schon oben (S. 137 d. W.) bemerkt worden, daß unser a. b. G. B. die Abschließung von Erbverträgen, wodurch der künftige Nachlaß, oder ein Theil desselben versprochen und das Versprechen angenommen wird, nur den Ehegatten gestattet; es wird daher von denselben in dem Hauptstücke von den Ehepacten (§§. 1249—1258) gehandelt. Eine Schenkung, die erst nach dem Tode des Schenkenden erfüllt werden soll, erscheint nach §. 956 entweder als ein Vermächtniß, und ist sohin nach den Vorschriften der §§. 647—694 zu beurtheilen; oder sie ist als ein Vertrag anzusehen und wird dann in dem Hauptstücke von den Schenkungsverträgen erörtert.

Zehntes Hauptstück.

Von Nacherben und Fideicommissen.

§. 604.

Gemeine Substitution.

Jeder Erblasser kann für den Fall, daß der eingesetzte Erbe die Erbschaft nicht

---

Nr. 96. — Der entgegengesetzten Ansicht ist Nippel (Erläut. Bd. 4, S. 130). Dr. Al. Seutz, Ueber die Beweislast rücksichtlich der Echtheit oder Unechtheit einer schriftlichen letzten Willenserklärung (in Nr. 75 der allg. österr. Ger. Ztg. vom J. 1857), und Unger, Erbrecht, S. 235 und 237.

[1] Nur im Falle der Unfähigkeit wegen Prodigalitätserklärung treten bloß die oben (S. 174 d. W.) erörterten Folgen ein.

erlanget, Einen, und wenn auch dieser sie nicht erlanget, einen zweiten, und im gleichen Falle einen dritten, oder auch noch mehrere Nacherben berufen. Diese Anordnung heißt eine gemeine Substitution. Der in der Reihe zunächst Berufene wird Erbe.

§. 605.

Hat der Erblasser aus den bestimmten Fällen, daß der ernannte Erbe nicht Erbe sein kann, oder daß er nicht Erbe sein will, nur Einen ausgedrückt; so ist der andere Fall ausgeschlossen.

1. Das Gesetz gestattet dem Erblasser nicht nur, einen (directen) Erben zu ernennen, sondern auch für den Fall, als dieser die Erbschaft nicht erlangen sollte, einen andern an dessen Stelle zu berufen. Eine solche Anordnung heißt eine Substitution, und zum Unterschiede von der später (§. 608) zu erwähnenden fideicommissarischen Substitution, eine gemeine Substitution, nach dem bei den Römern gebräuchlichen Ausdrucke substitutio vulgaris. Der unmittelbar eingesetzte Erbe wird in dieser Beziehung Haupterbe (Vorerbe), der an seine Stelle Berufene aber Nacherbe (Substitut) genannt.

2. Eine solche Verfügung kann nicht nur bei Erbseinsetzungen, sondern auch bei Vermächtnissen getroffen werden (§. 652), hinsichtlich welcher jedoch die nämlichen Vorschriften anzuwenden sind, welche hier zur Erörterung kommen.

3. Es sind zweierlei Ursachen denkbar, aus denen der Haupterbe den ihm zugedachten Nachlaß nicht erlangt, nämlich: a) daß er nicht Erbe sein kann (casus impotentiae), weil er vor dem Erblasser oder vor dem Eintritte der ihm gesetzten Bedingung gestorben ist (§§. 536 und 703), oder weil er zur Zeit des Erbanfalles zu erben unfähig ist (§. 545); b) daß er nicht Erbe sein will (casus voluntatis), indem er schon im voraus auf sein Erbrecht Verzicht geleistet hat (§. 551), oder die ihm angefallene Erbschaft ausschlägt (§. 805). Hat nun der Erblasser sich eines solchen Ausdruckes bedient, welcher beide Fälle umfaßt [1]), oder hat er ausdrücklich den einen wie den andern Fall bezeichnet [2]), so tritt die Substitution in jedem dieser Fälle ein. Hat dagegen der Erblasser aus den bestimmten Fällen nur Einen ausgedrückt, so ist nach unserem Gesetzbuche, welches überhaupt den Grundsatz aufstellt, daß der Wille des Erblassers auf das möglichste erfüllt werden soll, der andere Fall ausgeschlossen (§. 605); es würde sohin entweder das Recht des Zuwachses eintreten (§§. 560 und 561), oder die Intestaterbfolge Platz greifen (§. 727) [3]). Aus gleichem Grunde scheint die Substitution auch dann hinwegzufallen, wenn der Erblasser sie nur für einen bestimmten Fall des Nichtkönnens angeordnet hat (z. B. wenn A in einen geistlichen Orden eintritt), der eingesetzte Erbe aber aus einer andern Ursache erbunfähig wird (z. B. weil er sich der unbefugten Auswanderung schuldig gemacht).

4. Der Erblasser ist in der Anordnung der gemeinen Substitution nicht beschränkt; er kann also einen Nacherben an die Stelle mehrerer Haupterben berufen (z. B. A, B, C sollen meine Erben sein; wenn einer von ihnen die Erbschaft nicht erlangen sollte, substituire ich ihm den D), oder mehrere Nacherben an die Stelle eines Vorerben ernennen (z. B. A und B sollen meine Erben sein; wenn A nicht Erbe sein könnte, substituire ich ihm den D und E); ebenso kann er mehrere Grade der Substitution machen (z. B. A soll mein Erbe sein; ihm substituire ich den D, und wenn auch dieser die Erbschaft nicht erlangen sollte, den E); endlich ist es ihm freigestellt, die Miterben wechselseitig für Nacherben zu erklären (z. B. A, B und C

---

[1]) Z. B. wenn A nicht mein Erbe wird, soll B mein Erbe sein.

[2]) Wenn A nicht Erbe sein kann oder will, soll B mein Erbe sein.

[3]) Nippel meint (Erläut. Bd. 4, S. 173), daß der Fall des Nichtkönnens zufolge des Eintrittes in einen geistlichen Orden (§. 539) den Fall des Nichtwollens in sich begreife, weil hier die Unfähigkeit zu erben lediglich ein Ausfluß des Entschlusses, nicht erben zu wollen, sei; allein mit gleichem Rechte würde man sagen können, daß auch die Begehung eines Verbrechens, die Auswanderung, die Desertion u. s. w. auf dem Willen des Erben beruhe; es würde daher jeder Fall des Nichtkönnens sich in ein Nichtwollen auflösen.

sollen meine Erben sein, wenn einer von ihnen hinwegfallen würde, substituire ich ihm die beiden andern), oder sonst jemanden (siehe die obigen Beispiele) berufen. Die wechselseitige Substitution der Miterben wird auch substitutio reciproca, compendiosa, breviloqua genannt.

5. Der Substitut kann erst dann zum Besitze der Erbschaft gelangen, wenn der Institut nicht Erbe wird. Sollte dieser säumen, eine Erklärung abzugeben, ob er die Erbschaft annehme oder nicht, so ist diese nach §. 120 des Pat. v. 9. August 1854, Nr. 208 des R. G. Bl., ohne Rücksicht auf die Ansprüche des Säumigen bloß mit jenen, welche sich zu Erben erklärt haben, zu verhandeln, und denselben, insofern sie darauf Ansprüche haben, einzuantworten. Der Substitut könnte daher in solchem Falle allerdings auf Grundlage der eben gedachten Anordnung die Einantwortung des Nachlasses erwirken [1]).

6. Tritt der vom Erblasser angeordnete Substitutionsfall ein, so wird der in der Reihe zunächst Berufene Erbe, ohne Rücksicht auf die Ordnung, in welcher die ihm vorgehenden hinweggefallen sind. Wäre also im obigen Beispiele einer mehrgradigen Substitution D vor dem Erblasser gestorben und A erst später erbunfähig geworden, so würde nichtsdestoweniger E zur Succession gelangen, weil offenbar anzunehmen ist, daß der einem Nacherben substituirte auch dem Haupterben substituirt sei (Substitutus substituto censetur esse substitutus instituto). Jedenfalls muß der Substitut den Erblasser **überleben** (§. 536) und zur Zeit des wirklichen Erbanfalles zu erben **fähig** sein (§. 545). Ist dieses der Fall, so überträgt er das ihm angefallene Erbrecht, wenn er auch vor Uebernahme der Erbschaft stürbe, auf **seine** Erben (§. 537 und 809), und es wird sohin durch seinen Eintritt das Zuwachsrecht der Miterben ausgeschlossen.

§. 606.

Rechte aus der gemeinen Substitution.

Die dem Erben aufgelegten Lasten werden auch auf den an seine Stelle tretenden Nacherben ausgedehnt, wofern sie nicht durch den ausdrücklichen Willen oder die Beschaffenheit der Umstände auf die Person des Erben eingeschränkt sind.

1. Der Nacherbe tritt bei dem Wegfall des Haupterben an die Stelle desselben; es ist also ganz natürlich, daß er auch die demselben auferlegten **Lasten** übernehmen muß, wie dieß im §. 563 in Ansehung der Miterben bestimmt ist, welche vermöge des Zuwachsrechtes den erledigten Erbtheil erhalten. Unter den Lasten sind hier wohl auch die **Aufträge** (§§. 709—712 des b. G. B.) zu verstehen, unter denen der Erblasser jemanden einen Nachlaß zugewendet hat [2]).

2. Eine Ausnahme tritt dann ein, a) wenn der Erblasser die gedachten Lasten **ausdrücklich** auf die Person des Erben eingeschränkt hat; b) wenn eine solche Einschränkung aus der Beschaffenheit der Umstände hervorgeht, weil die Belastung z. B. in einer persönlichen Handlung des eingesetzten besteht, wie wenn er ein bestimmtes Kunstwerk verfertigen, seinem Nachbarn eine Servitut auf seinem Grundstücke einräumen, eine bestimmte Person heiraten sollte u. dgl.

3. Was hier von den Lasten angeordnet wurde, gilt nicht auch von den **Bedingungen**, hinsichtlich deren der §. 702 verfügt, daß sie ohne ausdrückliche Erklärung des Erblassers auf den von demselben nachberufenen Erben **nicht** auszudehnen seien.

§. 607.

Sind die Miterben allein wechselseitig zu Nacherben berufen worden, so wird an-

---

[1]) S. **Unger**, Erbrecht S. 90, Anmerkg. 8.

[2]) S. **Unger**, Erbrecht S. 90, Anmerkg. 9. — **Nippel** (Erläut. Bd. 4, S. 415) und **Füger** (Erbrecht Bd. 2, S. 250) sind der Ansicht, daß der Auftrag für den Nachberufenen nicht als eine auflösende Bedingung anzusehen sei, sondern daß derselbe das Vermächtniß oder den Erbtheil unbedingt erhalte, aber zur Erfüllung des Auftrages angehalten werden könne. — Allein die **Bedingung** ist vom Auftrage wohl zu unterscheiden, und was §. 702 von jener verfügt, kann nicht auf diesen ausgedehnt werden, auch wüßte man nicht, von wem und wie der Substitut zur Erfüllung des Auftrages angehalten werden sollte.

genommen, daß der Erblasser die in der Einsetzung ausgemessenen Theile auch auf die Substitution ausdehnen wollte. Wird aber in der Substitution, außer den Miterben, noch sonst Jemand berufen, so fällt der erledigte Erbtheil Allen zu gleichen Theilen zu.

1. Sind mehrere Substituten vorhanden, so frägt es sich, wie sie den erledigten Erbtheil unter sich zu theilen haben? Das natürliche ist, daß hierbei die für die Zutheilung einer Erbschaft überhaupt in dem Gesetze (§§. 554—559) enthaltenen Vorschriften zur Anwendung zu kommen haben. Darauf deutet wohl auch der vorstehende §. in seinem Schlußsatze hin, indem er verfügt, daß der erledigte Erbtheil allen zu gleichen Theilen zufallen solle, was mit der Regel des §. 555 übereinstimmt.

2. Eine Ausnahme tritt dann ein, wenn die Miterben einander wechselseitig substituirt und ihnen für den Substitutionsfall keine besondern Antheile von dem Erblasser ausgemessen sind. Das Gesetz nimmt hier an, daß der Erblasser die in der Einsetzung ausgemessenen Erbtheile auch auf die Substitution ausdehnen wollte. Wäre also z. B. A zu $1/_2$, B zu $1/_4$ und C zu $1/_4$ des Nachlasses berufen, und alle einander wechselseitig substituirt, so würde bei dem Hinwegfallen des C der Antheil desselben ($1/_4$) dem A und B nach dem Verhältnisse von 2 : 1 (also dem A $2/_{12}$ und dem B $1/_{12}$) zugewendet werden.

3. Sind die Miterben nicht allein wechselseitig zu Nacherben berufen, sondern ist ihnen noch jemand beigesellt, der nicht als Haupterbe eingesetzt ist, so bleibt es nach unserem Gesetze bei der Regel, daß der erledigte Erbtheil allen zu gleichen Theilen zukomme. Doch dürfte dieß nur dann der Fall sein, wenn dem Nichtmiterben in der Substitution kein bestimmter Theil zugewiesen ist. Wäre letzteres der Fall, so würde immerhin anzunehmen sein, daß der, nach Abzug dieses Theiles erübrigende Rest den substituirten Miterben nach demselben Verhältnisse zugedacht sei, nach welchem sie in der directen Erbeseinsetzung behandelt sind, weil zu vermuthen ist, daß die Gründe, welche den Erblasser zur Bestimmung ungleicher Erbportionen bewogen haben, im Sinne desselben mit gleicher Stärke auch rücksichtlich des aus der Substitution den Miterben zukommenden Vermögens wirksam seien. Hätte also jemand z. B. den A zu $5/_8$, den B zu $2/_8$ und den C zu $1/_8$ als Erben eingesetzt, und zugleich angeordnet, daß, wenn einer von ihnen wegfallen sollte, die beiden andern den erledigten Erbtheil erhalten, nebstdem aber D $1/_6$ der erledigten Portion bekommen solle, und fiele nun B hinweg, so würde von seinem Antheile zuerst dem D $1/_6$ zuzuweisen, der Rest aber unter A und C nach dem Verhältnisse von 5 : 1 zu vertheilen sein [1]).

4. Bei einer Substitution der Miterben muß übrigens angenommen werden, daß derjenige, der seine Institutsportion ausgeschlagen hat, auch nicht als Substitut zugelassen werden kann, da er eben nur als „Miterbe" substituirt ist [2]).

5. Die praktische Bedeutung einer wechselseitigen Substitution von accrescenzberechtigten Miterben (§§. 560 und 561 des b. G. B.) besteht, wie Unger (Erbrecht S. 91) richtig hervorhebt, darin, daß der substituirte Miterbe den Substitutionsfall erleben muß, während die wegfallende Portion bei dem Anwachsungsrecht auch dem Erbeserben zufällt. Eine solche wechselseitige Substitution kann daher leicht zum Nachtheil des Bedachten ausschlagen. Anders natürlich, wenn die Miterben nur auf bestimmte Theile eingesetzt sind, weil ihnen in diesem Falle (nach §. 563 b. G. B.) kein Accrescenzrecht zusteht.

§. 608.

Fideicommissarische [Substitution].

Der Erblasser kann seinen Erben verpflichten, daß er die angetretene Erbschaft nach seinem Tode, oder in anderen bestimmten Fällen, einem zweiten ernannten Erben

[1]) S. Graßl (Dr. Ign.). Zur Lehre von der wechselseitigen Substitution. Ein Beitrag zur Erklärung des §. 607 des a. b. G. B. in der Zeitschrift für österr. Rechtsgel. 1836, I., S. 169.

[2]) S. Unger, Erbrecht S. 91, Anmerkg. 11.

überlasse. Diese Anordnung wird eine fideicommissarische Substitution genannt. Die fideicommissarische Substitution begreift stillschweigend die gemeine in sich.

1. Die Bestimmung des Erblassers, daß der eingesetzte Erbe die angetretene Erbschaft nach seinem Tode, oder in anderen vorgesehenen Fällen, z. B. wenn er in einen geistlichen Orden eintreten, oder bis zu seinem dreißigsten Lebensjahre nicht heiraten würde, einem zweiten ernannten Erben überlassen solle, ist in unserem Gesetze mit dem Namen der fideicommissarischen Substitution belegt. Im römischen Rechte hieß diese Anordnung ein Fideicommiß, und es wurde der eingesetzte Erbe in Ansehung desselben Fiduciarerbe (heres fiduciarius), derjenige aber, dem er den Nachlaß herausgeben sollte, Fideicomissarerbe (heres fideicommissarius) genannt. Ihr Ursprung leitet sich daher, daß Personen, welche zu testiren unfähig waren, oder Unfähigen ihre Erbschaft zuwenden wollten, das Gesetz dadurch zu umgehen suchten, daß sie im ersten Falle ihre gesetzlichen, im zweiten Falle die (nur zum Scheine eingesetzten) Testamentserben baten, den Nachlaß denjenigen Personen abzutreten, denen derselbe eigentlich zugedacht war. Da nun hierdurch für den (Intestat- oder eingesetzten) Erben keine Verpflichtung begründet, sondern die Erfüllung der getroffenen Anordnung nur von seiner Treue abhängig gemacht werden konnte, so erklären sich hieraus die eben angegebenen Bezeichnungen. Später wurde diesem Unfuge gesteuert, und die Fideicommisse wurden, wenn sie von einem testirungsfähigen Erblasser einem fähigen Erben hinterlassen worden, für obligatorisch erklärt. In dieser Art sind sie nun auch als fideicommissarische Substitution in unsere Gesetzgebung übergegangen. Sie ist eine wahre Erbseinsetzung, durch welche dem Fideicommissarerben unter der Voraussetzung, daß der Erstberufene Erbe wird, der ganze Nachlaß oder ein Theil desselben zugewendet erscheint [1]).

2. Die Anordnung einer solchen Substitution kann ausdrücklich oder stillschweigend geschehen. (Von letzterer ist im §. 610 die Rede.) Bei der ausdrücklichen Anordnung ist es gerade nicht nothwendig, daß sich der Erblasser befehlender Worte bediene, sondern es genügt, wenn er nur seinen Willen mit voller Bestimmtheit ausdrückt, mag er dabei auch den Ausdruck des „Wunsches" oder der „Bitte" angewendet haben [2]).

3. Die Schlußverfügung des §. 608 gründet sich auf den vermutheten Willen des Erblassers, der den Substituten wahrscheinlich auch unmittelbar zu seinem Nachlasse berufen haben würde, wenn der Fiduciarerbe schon früher hinweggefallen wäre; es begreift also die fideicommissarische Substitution stillschweigend die gemeine in sich.

§. 609.

In wie fern die Eltern ihren Kindern substituiren dürfen.

Auch die Eltern können ihren Kindern, selbst in dem Falle, daß diese zu testiren unfähig sind, nur in Rücksicht des Vermögens, das sie ihnen hinterlassen, einen Erben oder Nacherben ernennen.

1. Im römischen Rechte gab es außer der gemeinen auch eine sog. Pupillar-Substitution. Der Vater konnte nämlich, wenn er über sein eigenes Vermögen testirte, auch seinen Kindern, für den Fall, daß sie in der Unmündigkeit sterben würden, und unter der Voraussetzung, daß sie sich zur Zeit seines Todes noch in seiner väterlichen Gewalt befinden, nicht nur in Ansehung des von ihm ererbten, sondern auch in Ansehung ihres übrigen Vermögens einen Erben ernennen. Durch eine analoge Ausdehnung der für diese Substitution geltenden Grundsätze entstand später die von Justinian zu einem Institute des gemeinen Rechtes erhobene substitutio quasipupillaris (exemplaris Justinianea), vermöge welcher die

---

[1]) S. Unger, Erbrecht S. 92.
[2]) S. die Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 29. December 1852, Z. 13310, in Nr. 62 der allg. österr. Ger. Ztg. J. 1853.

Ascendenten ihren wahn- oder blödsinnigen Descendenten, wenn sie in diesem Zustande sterben sollten, einen Nacherben aus den Kindern, oder wenn solche nicht existirten, aus den Geschwistern des Wahn- oder Blödsinnigen ernennen konnten. Auch der Entwurf unseres a. b. G. B. hatte in den §§. 405 und 406 des II. Theiles noch die Verfügung getroffen, daß die pupillarische Substitution sowohl von väterlicher als mütterlicher Seite errichtet werden könne, wenn dem Kinde von der einen oder der andern Linie auch ein Vermögen zufällt, daß aber in Ansehung eines anderweitigen Vermögens die Ernennung eines Nacherben der väterlichen Seite allein zustehe. Auch durften durch diese Substitution nicht alle gesetzlichen Erben des Kindes übergangen werden, und waren Geschwister oder andere eben so nahe, oder nähere Blutsverwandte von ihm da, so mußte wenigstens einem von ihnen das eigene freie Vermögen des zu testiren unfähigen Erben überlassen werden. — Bei der endlichen Redaction des Gesetzbuches fand man sich jedoch bewogen, die beiden in Frage stehenden Substitutionsarten aufzuheben, da sie in der vorlängst beseitigten unumschränkten väterlichen Gewalt über das Vermögen des Kindes ihren Grund, und die Abwendung der, nur den Römern gehässigen Intestaterbfolge zur Absicht hatten; da sie ferner dem in der Billigkeit und in politischen Ursachen gegründeten Sisteme der gesetzlichen Erbfolge ganz oder doch zum Theile zuwider laufen, Zwietracht in der Familie und Streitigkeiten herbeiführen, und da die etwaige Hoffnung der größeren Fürsorge eines aus den näheren Verwandten oder wohl gar eines Fremden für das hilfsbedürftige Kind sehr unsicher und zum Theile unnatürlich ist[1]). Diese Abweichung von dem älteren Rechte soll nun durch den §. 609 angedeutet werden, welcher deßhalb durch die Partikel „auch" mit dem vorhergehenden §. 608 in Verbindung gesetzt wurde. Aus der ganzen Textirung desselben geht hervor, daß er den Eltern in Beziehung auf das Vermögen ihrer Kinder kein besonderes, von den Befugnissen anderer Erblasser abweichendes Recht einräumen, sondern nur den allgemeinen Grundsatz über das Recht zur Ernennung eines Nacherben (§. 608) „auch" auf sie für anwendbar erklären wollte. Der §. 609 enthält demnach, wie uns scheint, folgende Bestimmungen, die sich zwar schon aus anderweitigen Vorschriften unseres G. B. hätten entwickeln lassen, die aber zur Vermeidung jeden Zweifels hier zusammengefaßt wurden: a) niemand kann für einen andern testiren, ihm also hinsichtlich des ihm eigenthümlichen Vermögens einen Erben ernennen; sogar (auch) die Eltern ihren Kindern gegenüber sind nicht dazu befugt, und dieß b) selbst dann nicht, wenn die Kinder zu testiren unfähig sind (obwohl es nach dem älteren Rechte gestattet war); c) allerdings können aber auch die Eltern in Hinsicht desjenigen Vermögens, welches sie ihren (testirungsfähigen oder unfähigen) Kindern hinterlassen, eine fideicommissarische Substitution anordnen; und zwar indem sie ihnen geradezu einen Nacherben ernennen, oder auch in der Art, daß sie jemanden als ihren Erben bezeichnen[2]), welche Verfügung aber nur insoweit gilt, als darin eine (stillschweigende) fideicommissarische Substitution gelegen ist.

2. Das Recht, eine solche Substitution anzuordnen, erscheint übrigens im allgemeinen (folglich auch hinsichtlich der Eltern ihren Kindern gegenüber) durch die Verfügung des §. 774 eingeschränkt, vermöge welcher der Pflichttheil dem Noth-

---

[1]) S. Zeiller, Comment. Bd. 2, S. 505. — Wie Hofrath Pederzani in seinem Aufsatze in der allg. österr. Ger. Ztg. J. 1856, Nr. 41 bemerkt, ergibt sich aus den Protokollen der Gesetzgebungs-Hofcommission, daß von den über den Entwurf des b. G. B. einvernommenen Behörden und Personen darüber, ob die pupillarische und quasipupillarische Substitution beizubehalten oder gänzlich aufzugeben, und wie dieselbe im ersteren Falle zu beschränken sei, die verschiedenartigsten, zum Theil widersprechende Anträge gemacht worden, welche das Mißliche und Unpassende des ganzen Institutes zeigten, so daß man noch im letzten Stadium der Berathung zu dem einhelligen Beschlusse gelangte, in dem zur allerh. Genehmigung vorzulegenden Entwurfe jenes Institut gänzlich aufzugeben, diese Aenderung jedoch zur Beseitigung möglicher Zweifel ausdrücklich auszusprechen; und so entstand der §. 609.

[2]) Die Verfügung des Erblassers: „Mein Sohn soll mein Erbe sein; ihm ernenne ich meinen Freund B. zum Erben," würde also immerhin als eine fideicommissarische Substitution gerade so wirksam sein, wie wenn der Erblasser gesagt hätte: „Mein Sohn soll mein Erbe sein, nach seinem Tode aber die Erbschaft meinem Freunde B. überlassen."

erben ganz frei bleiben muß, und jede denselben einschränkende Bedingung oder Belastung (folglich auch eine fideicommissarische Substitution) ungiltig ist[1]).

§. 610.

Stillschweigende fideicommissarische Substitution.

Hat der Erblasser dem Erben verboten, über den Nachlaß zu testiren; so ist es eine fideicommissarische Substitution, und der Erbe muß den Nachlaß für seine gesetzlichen Erben aufbewahren. Das Verbot, die Sache zu veräußern, schließt das Recht, darüber zu testiren, nicht aus.

1. Es ist schon oben (S. 214 d. W.) angedeutet worden, daß eine fideicommissarische Substitution nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend angeordnet werden könne, wenn die Bestimmungen, die der Erblasser getroffen hat, keinen vernünftigen Grund, an dem Willen desselben zu zweifeln, übrig lassen (§. 863). Gerade deßhalb wäre aber das Verbot, eine Sache zu veräußern, noch nicht als eine fideicommissarische Substitution (etwa zu Gunsten der Intestaterben des Besitzers) anzusehen, weil dieses Verbot auch noch einen andern vernünftigen Zweck haben kann, nämlich dem eingesetzten Erben die Mittel zur Bestreitung seines Unterhaltes zu sichern[2]). Eben so wenig ist ein Einschuldungsverbot, welches eine letztwillige

---

[1]) Von diesem Grundsatze soll nach Prof. F. K. Prockner's Ansicht (Theoretisch praktische Darstellung über das letztwillige Verfügungsrecht der Eltern hinsichtlich ihrer, zu testiren unfähigen Kinder. Wien 1840) der §. 609 eine Ausnahme enthalten, zufolge welcher „die Eltern, außer dem Falle, daß sie ihre(n) Kinder(n) bis zum Betrage des ihnen frei zu hinterlassenden Pflichttheiles fideicommissarisch substituiren können, auch berechtiget sind, diesen, wenn sie zu testiren unfähig sind, jedoch nur in Rücksicht ihres eigenen Vermögens, das sie diesen Kindern als eingesetzten Erben hinterlassen, was immer für eine Person unmittelbar und mit fortdauernder Wirkung, wenn sie auch testirungsunfähig sterben, mit Ausschließung der nächsten Verwandten, ja selbst der Notherben der Kinder, wenn sie nicht etwa selbst zu den testirenden Eltern wegen des vor ihrem Absterben erfolgten Todes der testirungsunfähigen Kinder in das unmittelbare Verhältniß als Notherben treten, als Erben zu ernennen, welche Erbsernennung nicht nur allein bei den Kindern selbst dann noch wirksam ist, wenn auch in der Folge eine andere, aber auf natürliche Weise folgende, oder sich noch hervorstellende innere Testirungsunfähigkeitsursache eintritt, sondern die auch sogar auf vorhandene testirungsunfähige Nachkommen der Kinder, wenn diese im Zustande der Testirungsunfähigkeit vor den Eltern gestorben sind, ihre Wirksamkeit erstreckt. Da aber die elterliche Erbsernennung, so wie die Berufung eines mittelbaren Nacherben die Dispositionsfreiheit der Kinder an dem ihnen hinterlassenen Vermögen nicht beschränkt, so sei die Erbsernennung — oder Nacherbseinsetzung hinsichtlich der Eltern — nur eine uneigentliche fideicommissarische Substitution, die in der Regel auch eine gemeine in sich enthält, welche aber erlischt, wenn entweder die testirungsunfähigen Kinder, oder ihre eben so beschaffenen hinterlassenen Nachkommen testirungsfähig werden, oder wenn derlei Kinder, die zur Zeit der ihnen gemachten Erbsernennung keine Nachkommenschaft hatten, erbfähige Nachkommen hinterlassen" (§. 52, S. 102 d. Abh.). — Das irrige dieser Ansicht ist, wie uns scheint, schon von Prof. Pachmann in seiner Recension der Prockner'schen Abhandlung (Zeitschr. für österr. Rechtsgel. 1840, III., S. 245, — vgl. jedoch Prockner's Antikritik, ebd. S. 517); von Winiwarter (in seinem bürgerl. Rechte, Bd. 3, S. 118); von Nippel (in seinem Beitrage zur Erläuterung des §. 609 b. G. B., über das Recht der Eltern, ihren Kindern einen Erben zu ernennen. Jurist, Bd. 5, S. 1); von Schindler (bei Mittheilung eines Rechtsfalles in der Zeitschr. für österr. Rechtsgel. 1839, I., S. 39) und von Wessely (Beitrag zur Lehre über das Testirungsrecht der Eltern in Beziehung auf ihre Kinder nach §. 609 a. b. G. B., in der Themis, neue Folge. Hft. 1, S. 77) hinreichend dargethan worden. Ingleichen pflichtet Unger, Erbr. S. 95, der von uns vertheidigten Ansicht bei. Uebrigens ist sich auch die Judicatur des obersten Gerichtshofes in Beziehung auf diese Frage nicht gleich geblieben. Vgl. den in Nr. 40 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1855 mitgetheilten Rechtsfall, welcher in dem Sinne entschieden wurde, daß die Eltern allerdings berechtiget seien, ihrem blödsinnigen Kinde auch bezüglich des Pflichttheiles einen Nacherben mittelst fideicommissarischer Substitution zu ernennen. Würde von dem väterlichen Erbvermögen, heißt es in den dießfälligen Entscheidungsgründen, — welches nach §. 609 Gegenstand einer zuläßigen Substitution ist, der Pflichttheil ausgenommen, so würde sich die Anordnung dieses §. als ganz überflüssig darstellen, indem das den Pflichttheil übersteigende Vermögen nach dem Gesetze ohnehin frei, disponibel bleibt. Der §. 609 drückt auch den Grund aus, auf welchen sich derselbe stützt, nämlich die Unfähigkeit eines Kindes, selbst zu testiren, wonach das Substitutionsbefugniß des Vaters nur durch die Testirungsunfähigkeit des Kindes, und keineswegs durch die Eigenschaft des Vermögens begründet wird. Der §. 774 enthält bezüglich des Pflichttheils wohl einen allgemeinen Ausspruch, gilt somit auch als Regel, für jene Fälle nämlich, wo der Notherbe testirungsfähig ist, wogegen der §. 609 die Ausnahme bei einem testirungsunfähigen Notherben ausdrückt. Die in Frage stehende Substitution kann auch nicht als eine Belastung angesehen werden, weil sich dieselbe nur auf jene Zeit ausdehnt, so lange der Notherbe unfähig ist, selbst zu testiren, der Nutzgenuß des Substitutionsvermögens demselben aber nicht entzogen ist; und mehr als der Nutzgenuß dem Unfähigen ohnehin nicht eingeräumt ist, am wenigsten die freie Schaltung und Waltung mit seinem Vermögen und das Recht zu testiren. — Allein hiergegen muß bemerkt werden, daß die in Frage stehende Disposition den Notherben zwar nicht in seinem letztwilligen Verfügungsrechte, wohl aber in anderer Weise beschränke, indem er (beziehungsweise dessen Vormundschaft oder Pflegschaft) bei dem Bestande einer solchen Substitution über die Substanz des Pflichttheils nicht verfügen darf, was z. B. um den Notherben in einem fortdauernden Nahrungsstand zu versetzen, leicht nothwendig werden könnte, daß aber die Vorschrift des §. 774 ganz allgemein lautet, und zwischen testirungsfähigen und testirungsunfähigen Notherben keineswegs unterscheidet; daher sie auch auf alle Notherben ohne Unterschied angewendet werden muß. In diesem Sinne erfloß auch die im Judicatenbuche unter Nr. 8 eingetragene grundsätzliche Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 27. Jänner 1853, Z. 13773, in der allg. österr. Ger. Ztg. 1856, Nr. 140.

[2]) Vgl. den in Nr. 104 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1855 mitgetheilten Rechtsfall, und die in demselben erflossene Entscheidung des oberst. Gerichtshofes v. 25. Juli 1855, Z. 7068.

freie Verfügung noch keineswegs ausschließt, als eine stillschweigende fideicommissarische Substitution aufzufassen [1]). Hat dagegen der Erblasser dem Erben verboten, über den Nachlaß zu testiren, so kann in diesem Verbote wohl keine andere Absicht gelegen sein, als diesen Nachlaß den Intestaterben des Berufenen zuzuwenden; es ist also hier eine stillschweigende fideicommissarische Substitution zu Gunsten der gedachten Personen vorhanden.

2. Dieß ist jedoch nicht der einzige Fall, in dem eine solche Verfügung angenommen werden muß, sondern es lassen sich immerhin noch andere denken, welche aber jederzeit nach der oben angeführten Regel (des §. 863) zu beurtheilen kommen, z. B. wenn der Erblasser vorschriebe, daß der Fiduciarerbe eine bestimmte Person zum Erben ernennen solle u. dgl.

3. Daß auch eine stillschweigende fideicommissarische Substitution sich nicht auf den Pflichttheil erstrecken könne, dürfte bei dem klaren Wortlaute des §. 774 wohl kaum in Zweifel gezogen werden.

§. 611.

Einschränkung der fideicommissarischen Substitution.

Die Reihe, in welcher die fideicommissarischen Erben auf einander folgen sollen, wird, wenn sie alle Zeitgenossen des Erblassers sind, gar nicht beschränkt, sie kann sich auf den Dritten, Vierten und noch weiter ausdehnen.

§. 612.

Sind es nicht Zeitgenossen, sondern solche Nacherben, die zur Zeit des errichteten Testamentes noch nicht geboren sind; so kann sich die fideicommissarische Substitution in Rücksicht auf Geldsummen und andere bewegliche Sachen bis auf den zweiten Grad erstrecken. In Ansehung unbeweglicher Güter gilt sie nur auf den ersten Grad, doch wird bei Bestimmung der Grade nur derjenige Nacherbe gezählet, welcher zum Besitze der Erbschaft gelangt ist.

1. So wie bei der gemeinen, ist der Erblasser in der Regel auch bei der fideicommissarischen Substitution in Ansehung der Auswahl der zu berufenden Personen nicht beschränkt, wenn sie nur überhaupt erbfähig sind. Er kann also mehreren eingesetzten Erben einen Substituten, oder umgekehrt einem Fiduciarerben mehrere Nacherben ernennen, und es kämen sohin in Ansehung der Vertheilung des Nachlasses unter sie die allgemeinen Vorschriften (§§. 554—559) zu beobachten. Ebenso kann sich die Pflicht zur Herausgabe auf den ganzen Nachlaß (immer mit Ausschluß des Pflichttheiles) oder nur auf einen Theil desselben erstrecken.

2. Der Erblasser kann auch eine mehrmalige (successive) Substitution anordnen; z. B. A soll mein Erbe sein, nach dessen Tode soll mein Nachlaß an den B, und nach dem Tode des letzteren an den C fallen. Sind hierbei alle Berufenen Zeitgenossen des Erblassers, d. h. zur Zeit der Errichtung des Testamentes schon geboren [2]), so tritt keine Beschränkung ein, weil hier die Substitution immer nur durch ein Menschenalter wirken kann. Anders wäre es aber, wenn auch zur Zeit der Testamentserrichtung noch ungeborne Personen substituirt würden, weil sich hier die Dauer der Belastung gar nicht im vorhinein ermessen ließe. Da es nun aus staatswirthschaftlichen Gründen nicht wünschenswerth ist, das freie Verfügungsrecht des Eigenthümers, besonders bei unbeweglichen Gütern, einer allzu großen Hemmung zu unterwerfen, so hielt es die Gesetzgebung für nöthig, dießfalls die im §. 612 enthaltenen Beschränkungen festzusetzen.

3. Die Wirkung derselben besteht darin, daß bei unbeweglichen Gütern der erste wirklich eintretende Nacherbe, der zur Zeit des errichteten Testamentes noch

---

[1]) S. die Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 23. October 1855, Z. 10300, in Nr. 14 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1856. Ueber die Wirkung eines solchen Verbotes s. S. 3 d. W.

[2]) Die Verfügung des §. 22 dürfte hier keine Anwendung erleiden, weil der ausdrückliche Wortlaut des §. 612 einer solchen Ausdehnung entgegensteht. Anderer Meinung ist Unger, Erbrecht S. 97, Anmerkg. 16.

nicht geboren war, bei Geldsummen und andern beweglichen Sachen aber der zweite Nacherbe dieser Kategorie das freie Verfügungsrecht über den ihm zugefallenen Nachlaß erlangt, ungeachtet dieser zufolge der Verfügung des Erblassers noch auf weitere Nacherben übergehen sollte[1]).

4. Da das Gesetz bei Bestimmung der Grade nur diejenigen Nacherben zählen läßt, welche wirklich zum Besitze der Erbschaft gelangen, so läßt sich die Giltigkeit oder Ungiltigkeit einer dießfalls getroffenen Anordnung nie im vorhinein behaupten, denn hätte z. B. der Testator in Ansehung eines unbeweglichen Gutes seinem Sohne einen zur Zeit der Testamentserrichtung noch nicht gebornen Enkel, und diesem seinen Urenkel substituirt, so könnte immerhin selbst die Substitution dieses letzteren noch wirksam werden, wenn nämlich der Enkel vor seinem Vater stürbe, ohne in den Besitz des Nachlasses getreten zu sein.

§. 613.

Rechte des Erben bei einer fideicommissarischen Substitution.

Bis der Fall der fideicommissarischen Substitution eintritt, kommt dem eingesetzten Erben das eingeschränkte Eigenthumsrecht mit den Rechten und Verbindlichkeiten eines Fruchtnießers zu.

1. Die Errichtung einer fideicommissarischen Substitution erzeugt mancherlei Rechtsverhältnisse zwischen dem Fiduciar- und dem Fideicommissar-Erben, welche hier noch näher zu erörtern kommen. Vor allem ist zu bemerken, daß der eingesetzte Erbe rücksichtlich der Erwerbung des mit dem Substitutionsbande behafteten Nachlasses wie in jedem anderen Falle der Erwerbung einer Erbschaft vorzugehen, also nach erfolgter Todfallsaufnahme und Kundmachung des letzten Willens seine Erbserklärung (§. 799 des b. G. B. u. §. 121 des Pat. v. 9. Aug. 1854) zu überreichen, und die Einantwortung des Nachlasses zu erwirken hat (§. 819 des b. G. B. und §§. 149 und 174 des o. a. Pat.). Was ist aber Rechtens, wenn der Fiduciarerbe sich weigerte, die ihm zugedachte Erbschaft anzutreten? Nach römischem Rechte konnte er zufolge des S. Ct. Pegasianum von dem Fideicommissar hierzu verhalten werden; in dem österreichischen Rechte ist aber eine solche Befugniß nirgends begründet. Nach §§. 115 und 116 des Pat. v. 9. August 1854 hat die Abhandlungsinstanz dem Erben oder dessen gesetzmäßigem Vertreter eine angemessene Frist zur Ueberreichung der Erbserklärung zu bestimmen, oder dieselben zur Abgabe der Erbserklärung zu einer Tagsatzung vorzuladen. Wird nun diese Frist verabsäumt, oder erscheinen die Erben bei der anberaumten Tagsatzung nicht, so ist die Erbschaft nach §. 120 ebd. ohne Rücksicht auf ihre Ansprüche bloß mit jenen, welche sich zu Erben erklärt haben, zu verhandeln, und denselben, insofern sie darauf Ansprüche haben, einzuantworten. Der Fideicommissarerbe kann demnach, da hier eine stillschweigende Verzichtleistung auf das Erbrecht von Seite des Fiduciarerben vorzuliegen scheint, und die fideicommissarische Substitution nach §. 608 des b. G. B. zugleich die gemeine Substitution in sich begreift, die Erbserklärung im eigenen Namen überreichen, und die sogleiche Einantwortung des Nachlasses bewirken, vorausgesetzt, daß er nicht selbst unter einer aufschiebenden Bedingung oder einem, dieser gleichkommenden Zeitpunkte substituirt ist, denn in diesem Falle erwirbt er das ihm zustehende Erbrecht erst mit dem Eintritte der Bedingung oder des ihr gleichgehaltenen Zeitpunktes (§§. 703 und 704).

2. Ist dagegen die Substitution an keine solche aufschiebende Bedingung gebunden, und der Zeitpunkt von der Art, daß er kommen muß (wie z. B. der Tod des Fiduciarerben), so erwirbt der Fideicommissarerbe das in Frage stehende Recht sogleich mit dem Tode des Erblassers (§§. 545 und 705) und beschränkt

[1]) S. die Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 12. April 1855, Z. 13965, in dem, in der österr. Ger. Ztg. J. 1855, Nr. 89 und 90, in Glaser's und Unger's Samlg. Nr. 78 mitgetheilten Rechtsfalle.

dadurch die Rechte des Fiduciarerben (§. 613)[1]). Darauf gründet sich auch die Anordnung des §. 92 des Pat. vom 9. August 1854, daß von Amtswegen ein Inventar des Nachlasses zu errichten sei, wenn der Erblasser dem Erben die Verbindlichkeit auferlegt hat, die Erbschaft oder einen verhältnißmäßigen Theil derselben dritten Personen (den Substituten) zu hinterlassen, und die Verfügung des §. 95 ebd., vermöge welcher in Substitutionsfällen außer dem unmittelbaren Nachfolger auch die anwesenden künftigen nächsten Erben oder die allenfalls aufgestellten Substitutions-Curatoren[2]) zur Vornahme der Inventur beizuziehen sind. Sollten jedoch die Vorgeladenen zur bestimmten Stunde nicht erscheinen, so kann das Inventar auch in ihrer Abwesenheit aufgenommen werden, und der Inventurs-Commissär hat sich nur vorläufig die Ueberzeugung von der gehörig erfolgten Zustellung der Vorladungen zu verschaffen und dieses auf dem Inventar zu bemerken.

3. Der fideicommissarische Substitut hat, wie jeder andere Erbe (nach §. 121 des Pat. v. 9. Aug. 1854) eine mit den Erfordernissen der §§. 709 und 800 des a. b. G. B. versehene Erbserklärung beizubringen, und kann dieß gleich beim Anfall seines Erbrechtes thun; er braucht daher nicht den Eintritt des Substitutionsfalles abzuwarten, und es findet demnach auch, wenn dieser Platz greift, keine neuerliche Verlassenschaftsabhandlung statt; vielmehr ist nach §. 174 des o. a. Pat. schon in der Einantwortungs-Verordnung an den Fiduciarerben insbesondere auszudrücken, daß er in Rücksicht der Verfügung über die Substanz durch ein bestehendes Substitutionsband beschränkt sei, und der Substitut, welchem das Vermögen bei dem Eintritte des Substitutionsfalles übergeben werden soll, soweit er bereits bekannt ist, mit Bestimmtheit zu bezeichnen[3]).

4. Tritt der Fiduciarerbe die mit dem Substitutionsbande behaftete Erbschaft an, und wird ihm dieselbe auf die eben angedeutete Weise eingeantwortet, so erlangt er das Eigenthum der darin enthaltenen Sachen, und kann daher auch, wenn sich unbewegliche Güter darunter befinden, die Eintragung derselben auf seinen Namen in den öffentlichen Büchern erwirken (§§. 436 und 819). Sein Eigenthumsrecht ist aber kein unbeschränktes, sondern vielmehr in der Art eingeschränkt, daß ihm nur die Rechte eines Fruchtnießers zustehen, aber auch die Verbindlichkeiten eines solchen obliegen. Doch ist er nicht bloßer Fruchtnießer, was die wichtige Folge hat, daß bei dem Erlöschen der Substitution (§. 615) sein Eigenthum mit dem Hinwegfallen der darauf haftenden Last sich in ein unbeschränktes verwandelt, während, wenn ihm nichts als der Fruchtgenuß gebührte, das Proprietätsrecht in diesem Falle an die gesetzlichen Erben gelangen, oder in deren Ermanglung jenen zufallen müßte, welche zur Einziehung erbloser Verlassenschaften berechtiget sind[4]). Der Fiduciarerbe hat demnach (zufolge §§. 510 und 511) das Recht, von dem ihm zugefallenen Nachlasse nicht nur was immer für einen Gebrauch im engeren Sinne zu machen, sondern auch alle daraus erzeugten Früchte sich zuzueignen, und alle davon entfallenden Nutzungen zu beziehen, mögen sie zu den gewöhnlichen oder außergewöhnlichen gehören. Dieses Recht erstreckt sich hier auch auf den Zuwachs (z. B. den dem Eigenthümer gebührenden Schatzantheil), weil eben der Fiduciarerbe

---

[1]) Anderer Ansicht ist Prockner (Ueber die zwischen einem bedingt eingesetzten und den gesetzlichen Erben durch das Gesetz angenommene und über eine vom Erblasser selbst angeordnete fideicommissarische Substitution, im Jurist, Bd. 13, S. 246).

[2]) Nach §. 77 des o. a. Pat. hat nämlich die Abhandlungsbehörde für die durch fideicommissarische Substitution zur Erbfolge berufene, noch nicht geborne Nachkommenschaft von Amtswegen einen Curator zu bestellen.

[3]) Die gleiche Verfahrungsweise wurde schon früher von Kopetzky (in seinem Aufsatze: Ueber die gerichtliche Behandlung der Verlassenschaften bei einer fideicommissarischen Substitution oder Untersuchung der Frage: ob das Substitutionsvermögen im Devolutionsfalle einer neuerlichen Behandlung zu unterziehen sei? in der Zeitschr. für österr. Rechtsgel. 1833, I., S. 248) vertheidigt, wogegen Staudinger (in seiner Beurtheilung: Ob über eine Verlassenschaft, welche mit dem fideicommissarischen Substitutionsbande behaftet ist, öfter die Abhandlung gepflogen werden dürfe? ebd. 1831, I., S. 257, und in seinem Aufsatze: Ueber die Amtshandlung der Gerichtsbehörden bei fideicommissarischen Substitutionen, ebd. 1836, I., S. 61) behauptete, daß, wenn der Substitutionsfall eintritt, eine neuerliche Abhandlung des Substitutionsvermögens zu pflegen sei.

[4]) Winiwarter, bürg. Recht., Bd. 3, S. 125.

nicht bloßer Fruchtnießer, sondern wirklicher, wenngleich beschränkter Eigenthümer ist[1]). Dagegen darf er die Substanz des Nachlasses nicht angreifen (§. 509), sondern ist vielmehr verpflichtet, dieselbe wie ein guter Haushälter zu verwalten (§. 513) und alle darauf haftenden Lasten zu tragen (§. 512); doch ist er für denjenigen Schaden nicht verantwortlich, der ohne sein Verschulden bloß durch den rechtmäßigen Genuß oder durch reinen Zufall entstanden ist. Der Fiduciarerbe kann ferner das Erbschaftsgut wohl verpfänden, aber das Pfandrecht kann, solange das Substitutionsband auf der Sache haftet, nur in Beziehung auf die Früchte oder Gefälle im Wege der Sequestration geltend gemacht werden (vgl. oben S. 39 d. W.) und erlischt mit dem Eintreten des Substitutionsfalles (§. 468 und oben S. 69 d. W.). Endlich darf in der Regel nichts von dem mit dem Substitutionsbande behafteten Erbgute veräußert werden. Eine Ausnahme könnte nur Platz greifen: a) bei verbrauchbaren Sachen, bei denen eigentlich der Werth den Gegenstand der Fruchtnießung bildet (§. 510 und S. 112 d. W.); b) wenn die Veräußerung zur Bezahlung der Schulden des Erblassers nothwendig ist, weil die Verfügung desselben den Rechten der Gläubiger nicht zu nahe treten darf; c) wenn er die Veräußerung insbesondere gestattet hat, oder d) der Fideicommissarerbe einwilliget. Um die dießfälligen Rechte des nachberufenen Erben zu wahren, befiehlt der §. 158 des Pat. vom 9. August 1854, daß Substitutionen auf die denselben unterworfenen Güter in den öffentlichen Büchern eingetragen werden, und daß, wenn sie Capitalien oder anderes bewegliches Vermögen zum Gegenstande haben, welches dem eingesetzten Erben oder Legatar ausgefolgt werden soll, dasselbe, insofern nicht die Sicherstellung in dem letzten Willen selbst erlassen ist, oder die Betheiligten rechtsgiltig darauf Verzicht leisten, pupillarmäßig versichert werden müsse[2]). Sollte nichtsdestoweniger gegen diese Vorschriften eine Veräußerung der mit dem Substitutionsbande behafteten Erbstücke vorgenommen worden sein, so steht den fideicommissarischen Erben doch nicht sofort das Recht der Vindication dieser Sachen zu, denn es können ihnen dritten Personen gegenüber keinesfalls größere Rechte zukommen, als diejenigen, welche sie gegenüber dem eingesetzten Erben besitzen, ja sie können den ersteren gegenüber überhaupt keine Ansprüche geltend machen, solange nicht der Fall ihrer Berechtigung zur Erwerbung der veräußerten Sachen eingetreten ist[3]).

5. Sobald der Fall der fideicommissarischen Substitution eingetreten ist (quum dies fideicommissi venit), hat der Fiduciarerbe alles herauszugeben (zu restituiren), worauf sich eben nach dem Willen des Erblassers die Substitution erstreckt, mit Inbegriff dessen, was in Folge des Zuwachsrechtes (§§. 560 und 561) damit vereiniget wurde. Dagegen ist er nicht verpflichtet zu restituiren: a) was nicht zur Erbschaftsmasse gehört; insbesondere also, was er unter Lebenden von dem Erblasser empfangen hat; b) oder was er zwar aus dem Nachlasse, aber nicht als Erbe erhält; ferner c) den Pflichttheil, der nach §. 774 von jeder Belastung freibleiben muß, und d) die von dem zu restituirenden Erbtheile rechtmäßig bezogenen Früchte und Nutzungen (§. 511), über deren Zutheilung beim Eintritte des Substitutionsfalles die Vorschriften des §. 519 (s. oben S. 119 d. W.) zu gelten haben.

6. Nach römischem Rechte konnte der Fiduciarerbe unter gewissen Voraussetzungen noch einen Viertheil des herauszugebenden Nachlasses unter dem Namen der Quarta Trebelliana abziehen, weil man befürchtete, daß sonst in den meisten Fällen die Testamente destituirt und somit die darin angeordneten Fideicommisse unwirksam würden. Unser a. b. G. B. hat dagegen im analogen Falle die Anordnung getroffen, daß der Erbe, auch wenn die ganze Erbschaft durch Vermächtnisse erschöpft

---

1) Vgl. oben S. 219 d. W.

2) S. die Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 21. September 1859, Z. 743, in Nr. 20 und 21 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1860.

3) S. die Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 17. Jänner 1855, Z. 11549, in Glaser's und Unger's Sammlg. Nr. 62.

ist, in keinem Falle mehr als die Vergütung seiner zum Besten der Masse gemachten Auslagen und eine seinen Bemühungen angemessene Belohnung fordern, und wenn er den Nachlaß nicht selbst verwalten will, um die Aufstellung eines Curators anlangen könne (§. 670); es hat ferner bestimmt, daß die fideicommissarische Substitution stillschweigend die gemeine in sich begreife, daß also, wie schon oben (S. 214 d. W.) bemerkt wurde, der Fideicommissarerbe, wenn das Testament durch die Verweigerung des Erbschaftsantrittes von Seite der Fiduciarerben destituirt wird, den ihm zugedachten Nachlaß unmittelbar erwerben könne, und hat daher an dem Principe festgehalten, den Willen des Testators so genau als möglich in Erfüllung zu bringen.

7. Hinsichtlich der von dem Fideicommissarerben zu leistenden Vergütung der Meliorationskosten haben die Verfügungen des §. 517 (s. ob. S. 118 d. W.) zur Anwendung zu kommen.

§. 614.

Auslegung der Substitutionen.

Ist eine Substitution zweifelhaft ausgedrückt, so ist sie auf eine solche Art auszulegen, wodurch die Freiheit des Erben, über das Eigenthum zu verfügen, am mindesten eingeschränkt wird.

1. Eine Substitution enthält immer eine Beschränkung des Rechtes der (testamentarischen oder Intestat-) Erben, sie wird daher nicht vermuthet, sondern muß in einer klaren Anordnung des Erblassers niedergelegt sein. Zweifelhafte Ausdrücke, die bloße Aeußerung eines Wunsches, einer Hoffnung u. dgl., daß der Erbe auf bestimmte Personen Bedacht nehmen werde, sind deßhalb nicht als eine wirkliche (fideicommissarische) Substitution anzusehen [1]).

2. Ist es zweifelhaft, ob der Testator eine gemeine oder eine fideicommissarische Substitution angeordnet habe, so streitet die Vermuthung für die erstere, weil dieselbe erlischt, sobald der eingesetzte Erbe die Erbschaft angetreten hat, während bei der letzteren die Freiheit des Fiduciarerben, über das Eigenthum zu verfügen, so lange eingeschränkt bleibt, bis keiner der berufenen Nacherben mehr übrig ist, oder der Fall, für welchen die Substitution errichtet worden, aufhört.

3. Hat der Erblasser den Fiduciarerben bloß zur Herausgabe dessen verpflichtet, was nach seinem Tode noch übrig sein wird (quid quid ex hereditate supererit), so konnte derselbe zufolge der Anordnung des Kaisers Justinian (Nov. 108

---

[1]) Hätte der Erblasser z. B. verfügt: „A setze ich zu meinem Erben ein; wenn er aber ohne Kinder sterben wird, so soll die Erbschaft auf den B zurückfallen;“ — so kann nicht behauptet werden, daß die Kinder des A demselben fideicommissarisch substituirt seien, sondern es erlischt vielmehr die zu Gunsten des B gemachte fideicommissarische Substitution, wenn der oberwähnte Fall eintritt (Nippel, Erläut. Bd. 4, S. 194). — Ein anderer Fall ist der von Dr. Schiestl (im Jurist, Bd. 14, S. 193) dargestellte. A hatte in seinem Testamente seinem verehelichten Neffen B den lebenslangen Fruchtgenuß eines Capitals von 20000 fl. mit dem Beisatze legirt, daß nach dessen Tode dieses Annuallegat seiner ihn überlebenden Gattin zufallen solle. B hatte sich nach dem Tode des A zum zweiten Male verheiratet, und die Wittwe beanspruchte auf Grundlage des erwähnten Testamentes das von B bereits durch mehrere Jahre genossene Legat. Der Erbe bestritt diesen Anspruch, auf der Behauptung fußend, daß die Substitution sich nur auf die erste, zur Zeit der Testamentserrichtung existirende, nicht aber auch auf den Fall einer zweiten Ehe bezogen habe. Der Verfasser vertheidigt, mit Bezugnahme auf den vorstehenden §. 614, das Recht des Erben, frei über das Eigenthum des ihm zugefallenen Nachlasses zu verfügen. In einem ferneren, in Glaser's und Unger's Sammlg. unter Nr. 154 mitgetheilten Rechtsfalle hatte M. in seinem Testamente seine Neffen zu Erben eingesetzt und in Ermanglung männlicher Descendenz eines derselben die Söhne der eingesetzten Erben substituirt. Der oberste Gerichtshof erkannte in dieser Anordnung (mit Entscheidung vom 8. Jänner 1856, Z. 13163) keine fideicommissarische, sondern nur eine gemeine Substitution. Zieht man in Betrachtung — heißt es in den Entscheidungsgründen — daß nach §. 536 des a. b. G. B. das Erbrecht erst beim Tode des Erblassers eintritt, und daß, wenn der muthmaßliche Erbe vor demselben stirbt, er die noch nicht erlangte Erbschaft auch nicht auf seine Erben übertragen kann, so erscheint als der natürliche und klare Sinn jener Anordnung, um deren Auslegung es sich handelt, daß M. seine Neffen zu Erben einsetzte, und demjenigen oder denjenigen von ihnen, welche vor ihm sterben und daher die Erbschaft nicht erlangen sollten, deren Söhne, und falls einer derselben keine männliche Nachkommenschaft hinterlassen sollte, die Söhne der andern genannten Brüder substituirte. Das Testament ordnet daher nur eine gemeine Substitution an, zumal nach §. 614 des a. b. G. B. eine zweifelhaft ausgedrückte Substitution auf eine solche Art auszulegen ist, wodurch die Freiheit des Erben, über das Eigenthum zu verfügen, am mindesten eingeschränkt wird. — In einem andern Falle hatte M. seine Tochter zur Universalerbin ernannt, seiner Gattin die unentgeltliche Benützung der Wohnung in seinem Hause bis zu ihrer Wiederverehelichung überlassen und sohin bestimmt, daß das gedachte Haus nicht verkauft werden dürfe. Der oberste Gerichtshof erkannte in dieser Verfügung keine Substitution und bewilligte daher nach dem Tode der Gattin des M. die Löschung jenes Veräußerungsverbotes mit Bezugnahme auf §. 614 des a. b. G. B. (Entscheidung vom 29. December 1859, Z. 14911, in Nr. 108 der allg. österr Ger. Ztg. J. 1860).

cap. 1 und 2) drei Viertheile der Erbschaft nach Belieben verbrauchen, das letzte Viertheil mußte er aber dem eingesetzten Nacherben restituiren. Auch der Entwurf des a. b. G. (II. Thl. §. 408) hatte noch bestimmt: „Wird der Erbe nur im allgemeinen angewiesen, das, was von der übernommenen Verlassenschaft nach seinem Tode noch übrig ist, einem bestimmten Nacherben wieder zu hinterlassen; so wird für diesen wenigstens der vierte Theil davon aufbewahrt, und nöthigenfalls sichergestellt;" — da aber diese Verfügung bei der endlichen Redaction unseres Gesetzbuches beseitiget wurde, so hindert die gedachte Anordnung den Erben nicht, mit seinem Vermögen, so lange er lebt, nach Belieben zu schalten.

§. 615.

Erlöschungsarten der gemeinen und fideicommissarischen Substitution.

Die gemeine Substitution erlischt, so bald der eingesetzte Erbe die Erbschaft angetreten hat; die fideicommissarische, wenn keiner von den berufenen Nacherben mehr übrig ist, oder wenn der Fall, für den sie errichtet worden, aufhöret.

§. 616.

Insbesondere verliert die einem Sinnlosen gemachte fideicommissarische Substitution (§§. 608 und 609) ihre Kraft, wenn bewiesen wird, daß er zur Zeit seiner letzten Anordnung bei voller Besonnenheit war; oder wenn ihm das Gericht wegen erlangten Verstandesgebrauches die freie Verwaltung des Vermögens eingeräumt hat; und die Substitution lebet nicht wieder auf, ob er gleich wegen Rückfalles wieder unter einen Curator gesetzt worden ist, und in der Zwischenzeit keine letzte Anordnung errichtet hat.

§. 617.

Die von einem Erblasser seinem Kinde zur Zeit, da es noch keine Nachkommenschaft hatte, gemachte Substitution erlischt, wenn dasselbe erbfähige Nachkommen hinterlassen hat.

1. Die vorstehenden §§. handeln von den Erlöschungsarten der gemeinen und fideicommissarischen Substitution. Was zuvörderst die gemeine Substitution anbelangt, so ist sie eigentlich eine Erbseinsetzung unter der Bedingung, daß der Vorerbe die ihm zugedachte Erbschaft nicht erlangt (§. 604); sie muß also hinwegfallen, wenn diese Bedingung nicht mehr eintreten kann, weil der Instituirte von seinem Rechte Gebrauch gemacht, d. h. die Erbschaft angetreten hat; doch wird hierbei vorausgesetzt, daß die Antretung rechtsgiltig war; wäre dieses nicht der Fall gewesen (§§. 121, 540—544), so könnte sie auch keine rechtlichen Wirkungen hervorbringen, und müßte so angesehen werden, als ob sie gar nicht stattgefunden hätte [1]). Eine Ausschlagung der Erbschaft von Seite des eingesetzten Erben mit Vorbehalt des Pflichttheiles (§. 808) bewirkt, daß die Substitution hinsichtlich des Ueberrestes zur Wirksamkeit gelangt [2]).

2. Die gemeine Substitution erlischt ferner, wenn der Substituirte vor dem Erblasser stirbt (§. 536), oder wenn die Bedingung, an welche seine Berufung geknüpft war, hinwegfällt (§. 699). Sie bleibt dagegen aufrecht, wenngleich der eingesetzte Erbe den Erbanfall nicht erlebt hätte, oder wenn, im Falle mehrere Nacherben nach einander berufen worden, einer der früher Berufenen vor dem Erblasser mit Tod abgegangen wäre, da der §. 604 im allgemeinen verfügt, daß der in der Reihe zunächst Berufene Erbe werde.

3. Eine Erlöschung der fideicommissarischen Substitution tritt vor allem dann ein, wenn keiner von den berufenen Nacherben mehr übrig ist (§. 615), also wenn der Fideicommissarerbe, oder die mehreren Erben, die der Erblasser in der gedachten Weise berufen hat, vor dem Eintritte des Substitutionsfalles gestorben sind, oder zur Zeit desselben nicht erbfähig waren, dergestalt, daß sie das Recht zu dem

---

[1]) S. Winiwarter, bürgl. Recht, Bd. 3, S. 127.
[2]) S. Carozzi, Giurisprudenza del Cod. civ. austr. Tom. 13, pag. 424.

ihnen zugedachten Nachlasse nicht auf ihre Erben übertragen. Dr. v. Mühlfeld hat zwar die entgegengesetzte Ansicht mit äußerst scharfsinnigen Gründen zu vertheidigen gesucht[1]). Er verweist dießfalls zuvörderst auf den §. 705 des b. G. B., welcher bestimmt, daß das jemanden unter Beifügung eines Zeitpunktes zugedachte Recht, wenn der Zeitpunkt von der Art ist, daß er kommen muß, wie andere unbedingte Rechte, auch auf die Erben der bedachten Person übertragen und nur die Uebergabe bis zum gesetzten Termine — hier bis zum Eintritte des vorgesehenen Substitutionsfalles — verschoben werde; ferner auf den §. 537, wornach das Erbrecht, wenn der Erbe (also auch der Nacherbe) den Erblasser überlebt hat, auch vor Uebernahme der Erbschaft wie andere freivererbliche Rechte auf seine Erben übergeht; und auf den §. 809, zufolge dessen, wenn der Erbe eher stirbt, als er die angefallene Erbschaft angetreten oder ausgeschlagen hat, seine Erben, wenn der Erblasser diese nicht ausgeschlossen, oder andere Nacherben bestimmt hat, in das Recht, die Erbschaft anzunehmen oder auszuschlagen, eintreten. Er behauptet ferner, daß die von ihm vertheidigte Ansicht auch dem vermuthlichen Willen des Erblassers vollkommen entspreche; indem dieser offenbar die Erben des Fiduciarerben von seinem Nachlasse ausgeschlossen wissen wollte. — Nichtsdestoweniger scheint uns die bereits oben ausgesprochene, entgegenstehende Meinung die richtigere zu sein. Wir pflichten zwar der Ansicht Mühlfeld's bei, daß auch dem Fideicommissarerben das ihm zugedachte Erbrecht gleich nach dem Tode des Erblassers (sowie dem Fiduciarerben) anfalle; wir glauben jedoch mit Winiwarter (bürgl. Recht, Bd. 3, S. 127), daß die fideicommissarische Substitution erlischt, sobald der Fideicommissarerbe vor dem Eintritte des Substitutionsfalles stirbt. Hierfür spricht einmal der klare Wortlaut des §. 615, welcher das Erlöschen der fideicommissarischen Substitution ausspricht, „wenn keiner von den berufenen Nacherben mehr übrig ist." Unter dem Ausdrucke „berufene Nacherben" können aber doch wohl nur „die vom Erblasser" berufenen Nacherben verstanden werden, und es würde dem beinahe constanten Sprachgebrauche des Gesetzes[2]) geradezu widerstreiten, wenn man diese Bezeichnung auch auf jene Personen ausdehnen wollte, welche nicht durch die Anordnung des Erblassers, sondern — wie gegenseits behauptet wird — durch das Gesetz als Nacherben berufen sein sollen. Es ist zwar richtig, daß der §. 615 zunächst eine mehrfache Substitution voraussetzt, allein es kann mit dieser doch mit Zuversicht auch auf die einfache Substitution geschlossen werden, die in der ersteren gewissermaßen enthalten ist. Die Anordnung des §. 615 stellt sich demnach als eine Ausnahme von den im §. 705 (§§. 537 und 809) enthaltenen Bestimmungen dar. In der That waltet auch ein wesentlicher Unterschied zwischen dem Falle ob, wo der Erblasser einen Erben auf einen gewissen Zeitpunkt eingesetzt (§. 705), und wo er dem directen Erben aufgetragen hat, den ihm zugedachten Nachlaß nach seinem Tode, oder in einem andern bestimmten Falle einer dritten Person zu überlassen. Bei der Erbseinsetzung auf einen gewissen Zeitpunkt liegt nämlich der bestimmt erklärte Wille des Erblassers vor, seine Intestaterben von diesem Zeitpunkte an auszuschließen, und es ist sohin gleichgiltig, ob dieß durch den Instituten selbst, oder durch die an dessen Stelle tretenden Erben desselben geschehe. Bei der fideicommissarischen Substitution dagegen wird der Fiduciarerbe nur zu Gunsten des Nachberufenen beschränkt, und es ist durchaus nicht mit Sicherheit anzunehmen, daß der Erblasser dieselbe Beschränkung auch zu Gunsten der Erben des Nachberufenen gelten lassen wolle, weil er diese ja, wenn dieß seine Absicht gewesen wäre, gleichfalls hätte substituiren können; es ist also vielmehr zu vermuthen, daß nach seinem Willen der Fiduciarerbe das unbeschränkte Eigenthum des Nachlasses erlangen solle, wenn der Nacherbe des Vortheiles, der ihm, und nur

---

[1]) Vgl. dessen Aufsatz im Jurist, Bd. 2, S. 380 unter der Ueberschrift: Ueberträgt der auf den Tod des Fiduciarerben eingesetzte fideicommissarische Erbe, wenn er zwar nach dem Erblasser, aber vor dem Fiduciarerben stirbt, sein Recht zu dem ihm zugedachten Nachlasse auf seine Erben?

[2]) Vgl. das ganze vorliegende Hauptstück; insbesondere die §§. 604, 609 u. 612.

ihm zugedacht war, nicht mehr theilhaftig werden kann. Hierzu kommt noch, daß man bei der gegentheiligen Ansicht den oben angeführten Worten des §. 615 eine sehr gezwungene Bedeutung geben muß, nämlich, daß die fideicommissarische Substitution dann erlischt, „wenn der Nachlaß an den in der Reihe der in der Anordnung des Erblassers berufenen Nacherben zuletzt berufenen gelangte;" denn diese Erlöschungsart versteht sich doch ohnehin von selbst, und brauchte wohl nicht insbesondere im Gesetze hervorgehoben zu werden [1]).

4. Die fideicommissarische Substitution erlischt ferner, wenn der Fall, für den sie errichtet worden, aufhört; wenn z. B. der Erblasser verfügt hat, A solle sein Erbe sein, wofern er aber keine Kinder bekommt, den Nachlaß an den B herausgeben, so erlischt die Substitution, sobald der A Kinder erhalten hat.

5. Hierher gehört auch der Erlöschungsfall des §. 616. Das Gesetz geht hierbei von der Voraussetzung aus, daß die einem Sinnlosen (d. i. einem Wahn- oder Blödsinnigen) gemachte Substitution bloß deßhalb angeordnet worden sei, weil der eingesetzte Erbe in diesem Zustande nicht giltig über sein Vermögen verfügen kann, daß sie demnach erlösche, wenn dieses Hinderniß der Testirungsfähigkeit aufgehört hat. Der Beweis über diesen letzteren Umstand kann, wie der §. selbst andeutet, entweder auf die im §. 567 angegebene Weise, oder auf Grundlage der Anordnung des §. 283 geführt werden. Im letzteren Falle ist es nun allerdings möglich, daß der eingesetzte Erbe neuerdings wegen seines zerrütteten Geisteszustandes unter Curatel gesetzt werde, ohne in der Zwischenzeit eine letztwillige Anordnung errichtet zu haben. Allein selbst unter dieser Voraussetzung lebt die einmal erloschene Substitution nicht wieder auf, weil anzunehmen ist, daß ein solcher Erbe, da er ungeachtet der erlangten Testirungsfähigkeit keinen letzten Willen errichtete, die Verlassenschaft seinen gesetzlichen Erben hinterlassen wollte [2]). Endlich scheint aus dem Geiste der in Frage stehenden gesetzlichen Anordnung hervorzugehen, daß eine Erlöschung der Substitution nicht Platz greife, wenn dem Testator der Geisteszustand des eingesetzten Erben nicht bekannt war, weil hier erwiesen vorliegt, daß er nicht aus diesem Grunde die Substitution angeordnet hat, daher sie auch mit dem Aufhören des gedachten Zustandes nicht hinwegfallen kann.

6. Auf einer ähnlichen Vermuthung, wie die Anordnung des §. 616, beruht auch die des nachfolgenden §. 617. Das Gesetz geht hierbei von der Voraussetzung aus, daß jemand sein Kind zum Erben eingesetzt habe, da es noch keine Nachkommenschaft besaß, und demselben auf dessen Todesfall oder für den Eintritt eines anderen Ereignisses substituirte. Wenn nun das eingesetzte Kind in der Folge erbfähige Nachkommen erhält, so wird mit Recht vermuthet, daß der Erblasser, wenn er diesen Fall vorausgesehen hätte, gar keine Substitution angeordnet haben würde, da nicht anzunehmen ist, daß er seinen, wenngleich entfernteren Descendenten eine fremde Person vorgezogen haben würde. Damit nun die Anordnung dieses §. Platz greife, wird erfordert: a) daß der eingesetzte Erbe das Kind des Erblassers sei, wobei dieser Ausdruck, weil das Gesetz nicht unterscheidet, im weitesten Sinne genommen werden muß, so daß er auch die unehelichen Kinder, die Wahlkinder und die entfernteren Abstämmlinge (§. 42) in sich begreift; b) daß der eingesetzte Fiduciarerbe zur Zeit der Errichtung der letztwilligen Anordnung noch keine (erbfähige) Nachkommenschaft hatte, oder daß deren Dasein wenigstens dem Testator unbekannt war; c) daß er aber später eine solche erhielt; unter dem Ausdrucke „erbfähige Nachkommen" dürften

---

[1]) S. Dr. K. Reich: Gegenbemerkungen zur Beantwortung der Frage: Ueberträgt der auf den Tod des Fiduciarerben eingesetzte fideicommissarische Erbe, wenn er zwar nach dem Erblasser, aber vor dem Fiduciarerben stirbt, sein Recht zu dem ihm zugedachten Nachlasse auf seine Erben? (Jurist, Bd. 4, S. 423). — Unger (Erbrecht, S. 96, Anmerkg. 12) bekennt sich zu der entgegengesetzten Ansicht, daß das Erbrecht (der Restitutionsanspruch) des vor Eintritt des Restitutionsfalles verstorbenen Fideicommissars allerdings auf seine Erben übergeht.

[2]) S. Zeiller, Comment. Bd. 2, S. 518.

wohl die unehelichen Kinder hinsichtlich der Mutter [1]), dann die legitimirten Kinder überhaupt, nicht aber die Adoptivkinder verstanden werden, weil letztere nicht zur Nachkommenschaft gehören; d) endlich müssen die gedachten Nachkommen den Substitutionsfall erleben, weil sich das Gesetz des Ausdruckes „hinterlassen" bedient, wobei es freilich eine Substitution auf den Todesfall voraussetzt, die aber allerdings auch die gewöhnlichste ist.

7. Wenn nun die Substitution wegen des Vorhandenseins der Nachkommenschaft eines eingesetzten Kindes erlischt, so entsteht die weitere Frage, ob das eingesetzte Kind hierdurch die freie Verfügung über die ihm hinterlassene Erbschaft erlange, oder ob es dieselbe seinen Kindern, gleich einem Substitutionsvermögen, hinterlassen müsse? Winiwarter (bürgl. Recht, Bd. 3, S. 131) u. Füger (Erbrecht, Bd. 2, S. 317) pflichten dieser letzteren Ansicht bei; allein die Einreihung des §. 617 unter die Lehre von der Erlöschung der Substitutionen, und der Umstand, daß das Gesetz mit keiner Silbe eines solchen Anspruches der Nachkommen erwähnt, scheint für die erstere Auslegung zu sprechen; so daß also durch das Erlöschen der Substitution dem eingesetzten Kinde zwar die Möglichkeit eröffnet wird, das Substitutionsvermögen auf seine Nachkommen zu übertragen, daß aber dießfalls keine Verpflichtung für dasselbe entsteht.

8. Endlich gehört unter die Erlöschungsarten der fideicommissarischen Substitution auch die Verzichtleistung des berufenen Nacherben auf den ihm zugewendeten Nachlaß (§§. 551 und 805) und der gänzliche Untergang des mit dem Substitutionsbande behafteten Vermögens (§§. 645 und 1447).

§. 618.

Fideicommiß.

Ein Fideicommiß (Familien-Fideicommiß) ist eine Anordnung, kraft welcher ein Vermögen für alle künftige, oder doch für mehrere Geschlechtsfolger als ein unveräußerliches Gut der Familie erklärt wird.

1. Die Familien-Fideicommisse (auch Fideicommisse schlechthin genannt), von denen in den folgenden §§. gehandelt wird, sind deutsch-rechtlichen Ursprunges. Die germanische Erbfolge ging seit den ältesten Zeiten von der Ansicht des Erhaltens der Güter in der Familie und des Einrückens der nächsten Verwandten in dieselben, nach dem Tode ihres bisherigen Besitzers, aus; namentlich wurde das Grundeigenthum als eine der Familie als Rechtsgenossenschaft zugehörige Masse angesehen, und das Stammgut, über welches dem Besitzer kein freies Verfügungsrecht zustand, von dem gewonnenen Gute (der Errungenschaft) unterschieden. Selbst als die Idee der freien Vergabung durch letzten Willen nach und nach in Deutschland Wurzel faßte, zeigte sich das Festhalten an der alten Sitte durch die mannigfaltigen Beschränkungen, welchen solche Verfügungen noch immer unterworfen blieben, und durch die Beachtung der Rechte der Familie. Erst in Folge der immer weiter um sich greifenden Verbreitung des römischen Rechtes wurde die alte Erbrechtsordnung und insbesondere das Stammgut-Sistem mehr und mehr in den Hintergrund gedrängt [2]). Bei einzelnen Familien veranlaßte jedoch das Streben, den Besitz derselben zusammenzuhalten, und dadurch allen künftigen Geschlechtsfolgern ein hinreichendes Vermögen zu sichern, um den Namen der Familie auf eine ihres alten Glanzes würdige Weise zu vertreten, die Gründung der s. g. Familien-Fideicommisse, vermöge welcher gewisse Güter so lange als in der Familie unveräußerlich erhalten werden müssen, als noch dazu berufene Nachkommen vorhanden sind [3]). Dieß geschah insbesondere bei adeligen

[1]) Vgl. Damianitsch: Erlischt die einer Tochter gemachte Substitution, wenn dieselbe ein uneheliches Kind hinterläßt? (Jurist, Bd. 10, S. 116). — Anderer Meinung ist Füger, Erbrecht, Bd. 2, S. 317, und Unger, Erbrecht, S. 94, Anmerkg. 4.

[2]) S. Mittermaier, a. a. O. Bd. 2, §§. 432 und 434.

[3]) S. Mittermaier, a. a. O. Bd. 1, §. 158.

Geschlechtern, vermöge der denselben zugestandenen Familien-Autonomie. Auch in Oesterreich finden sich derlei Einrichtungen schon in den älteren Zeiten, ohne daß die Gesetzgebung denselben eine besondere Aufmerksamkeit gewidmet hätte. Erst unter Kaiser Leopold I. wurde am 2. October 1674 verordnet, „daß Fideicommiß- und Majorat-Dispositionen, theils zur Aufrechthaltung derselben, weil viele Erben mit den Fideicommißgütern eigenmächtig disponirt hatten, theils zur Sicherheit der Creditoren bei dem Landmarschallgerichte in das Weißboten-Protokoll, bei andern Instanzen aber in das Grundbuch zur Vormerkung gebracht werden sollen" [1]). Endlich erschien unterm 22. Jänner 1763 ein Gesetz, welches erklärte: „daß es nothwendig befunden worden sei, den bereits bestehenden oder künftig noch anzuordnenden Fideicommissen Maß, Ziel und Ordnung zu setzen, daher künftig in unbeweglichen Gütern ohne ausdrückliche, vorher anzusuchende allerhöchste landesfürstliche Bewilligung keine fideicommissarische Anordnung Statt haben soll." Geld-Fideicommisse, besonders wo die Capitalien in öffentlichen Fonden angelangt waren, konnten dagegen ohne Beschränkung und Ausnahme angeordnet werden. Von diesem Zeitpunkte an wurden die, aus derlei fideicommissarischen Anordnungen hervorgehenden Verhältnisse durch zahlreiche Vorschriften geregelt, so daß unser a. b. G. B. das bereits vorgefundene und ausgebildete Fideicommiß-Institut nur nach den Principien fester zu begründen, und in seinen Rechtswirkungen schärfer zu bezeichnen brauchte, wie es auch in den §§. 618 bis 645 geschehen ist [2]).

2. Nach §. 618 ist ein Familien-Fideicommiß (im subjectiven Sinne) eine unter allerhöchster Genehmigung (§. 627) getroffene Anordnung, kraft welcher ein Vermögen für alle künftigen, oder doch für mehrere Geschlechtsfolger als ein unveräußerliches Gut einer Familie erklärt wird. Das Recht, ein Fideicommiß zu stiften, ist in Oesterreich nicht auf den höheren oder niederen Adel beschränkt, wiewohl bei bürgerlichen Familien nur selten derlei Institute vorkommen. Die Errichtung kann durch eine letztwillige Anordnung, oder durch eine Verfügung unter Lebenden, und im letzteren Falle wieder durch einen einseitigen Act, oder durch einen Vertrag erfolgen (§. 628), wornach dann auch entweder die für testamentarische Anordnungen vorgeschriebenen Förmlichkeiten, oder die gesetzlichen Bestimmungen über einseitige Willenserklärungen unter Lebenden, oder über Verträge beobachtet werden müssen.

3. Der Ausdruck „Fideicommiß" wird häufig auch im objectiven Sinne genommen, als gleichbedeutend mit dem Vermögen, welches für ein unveräußerliches Gut der Familie erklärt wird. Unter „Vermögen" ist hier nicht bloß der Inbegriff aller Güter- und Sachenrechte eines Menschen, sondern es sind darunter auch einzelne Sachen, als: unbewegliche Güter, Capitalien, Schmuck u. dgl. zu verstehen (vgl. §. 633), so daß, weil das Gesetz dießfalls keinerlei Beschränkung enthält, alle Arten des freieigenthümlichen Vermögens zum Fideicommisse bestimmt werden können. War dagegen der Fideicommißstifter in seinem Verfügungsrechte beschränkt, so kann die von ihm getroffene Anordnung nur insoweit bestehen, als dadurch nicht wohlerworbene Rechte dritter Personen verletzt werden. Deßhalb sind lehenbare, oder mit einem Substitutionsbande behaftete Güter zur Fideicommiß-Errichtung nicht geeignet [3]), und wenn durch dasselbe der Pflichttheil der Notherben beein-

---

[1]) S. Kopetzky: Ueber die gerichtliche Behandlung der Verlassenschaften bei einer fideicommissarischen Substitution. (Zeitschr. für österr. Rechtsgel. 1833, I., S. 285, §. 23.)

[2]) S. Kopetzky, a. a. O. S. 188; dann: Auersperg (J. C. Graf): Anleitung zur gerichtlichen und außergerichtlichen Behandlung der Fideicommisse in den k. k. Staaten. Aus den hierüber bestehenden Gesetzen entwickelt und sistematisch behandelt. Prag 1802. — Voglhuber (Jos.): Versuch über die Fideicommisse in den österreichisch-deutschen Erblanden. Wien 1808. — Wildner (Dr. Ign. v.): Das Fideicommißrecht nach dem a. b. G. B. und mehr als 200 darauf bezüglichen besonderen Anordnungen bearbeitet. Wien 1835. — Gspan (P. E.): Abhandlung über die Fideicommisse. Nach dem österreichischen Gesetze bearbeitet. Wien 1842. 2 Bde. — Ascona (Ant.): Delle sostituzioni e dei fedecommessi secondo i principj generali del Codice civ. univ. austr. e del diritto romano. Milano 1823. — Dr. F. A. Budinsky: Abhandlung über einige Rechtsfragen aus dem Gebiete der Fideicommißlehre. 1862. Wien.

[3]) S. Gspan, a. a. O. Bd. 1, §§. 23 und 24.

trächtiget würde, so muß ihnen die Befugniß zugesprochen werden, der getroffenen Verfügung ungeachtet die Ergänzung ihres Pflichttheiles aus dem Fideicommißgute zu fordern[1]). Was die Gläubiger des Fideicommißstifters anbelangt, so dürfte es keinem Zweifel unterliegen, daß sie ein auf das Fideicommißgut bereits vor der Stiftung des Fideicommisses erworbenes Pfandrecht auch nach derselben noch realisiren können; abgesehen von diesem Falle aber gebührt ihnen nur unter den Voraussetzungen des §. 953 ein Recht des Widerrufes[2]).

4. Die Errichtung des Fideicommisses kann sowohl zu Gunsten der eigenen Familie des Stifters, als auch zum Vortheile einer andern, in der Stiftungsurkunde bezeichneten Familie geschehen, da das Gesetz dießfalls keinerlei Beschränkung enthält; doch findet gewöhnlich das erstere statt.

§. 619.

Hauptarten der Fideicommisse.

Das Fideicommiß ist insgemein entweder eine Primogenitur, oder ein Majorat, oder ein Seniorat, je nachdem der Stifter desselben die Nachfolge entweder dem Erstgebornen aus der älteren Linie, oder dem Nächsten aus der Familie dem Grade nach, unter mehreren gleich Nahen aber dem Aelteren an Jahren; oder endlich, ohne Rücksicht auf die Linie, dem Aelteren aus der Familie zugedacht hat.

§. 620.

Im Zweifel wird die Primogenitur eher als ein Majorat oder Seniorat; und das Majorat wieder eher als ein Seniorat vermuthet.

§. 621.

Erbfolge in den Fideicommissen.

Bei der Primogenitur gelangt eine jüngere Linie erst nach Erlöschung der älteren zum Fideicommisse, so, daß der Bruder des letzten Besitzers dessen Söhnen, Enkeln, Urenkeln und weiteren Nachkömmlingen weichen muß.

1. Der oben angegebene Zweck der Fideicommisse bringt es mit sich, daß die Erbfolge in dieselben auf eine eigenthümliche Weise festgesetzt werden müsse. Da sie im allgemeinen dazu bestimmt sind, den Glanz des Namens einer Familie aufrecht zu erhalten, so wird in der Regel nur die männliche Nachkommenschaft zur Succession zu berufen sein (§§. 624 und 626), weil nur durch sie der Name des Stifters (oder dessen, für welchen er das Fideicommiß errichtet hat) fortgepflanzt wird. Es ist aber auch noch ferner als Regel anzunehmen, daß das Fideicommißgut nicht unter mehrere Erben getheilt werde, weil sonst auch ein großes Vermögen sich bald zersplittern, und sofort nicht mehr hinreichen würde, allen Geschlechtsfolgern einen standesmäßigen Unterhalt zu gewähren. Es muß also die Erbfolge dergestalt bestimmt werden, daß immer nur Eines der vorhandenen Familienglieder zur Succession gelange (§§. 619—624). Hierüber die entsprechende Verfügung zu treffen, ist Sache des Stifters, so daß vor allem der bestimmt ausgedrückte Wille desselben befolgt werden muß (§§. 622 u. 623).

2. Veranlaßt durch den Grundsatz der Untheilbarkeit und der Ausschließung der weiblichen Nachkommenschaft bildeten sich schon frühzeitig eigene Erbfolgeordnungen aus, welche durch besondere Namen bezeichnet zu werden pflegten, deren sich dann auch häufig die Stifter von Fideicommissen in ihren Willenserklärungen bedienten; doch ist auch hier, wie bei letztwilligen Anordnungen überhaupt (s. o. S. 139 b. W.), zu bemerken, daß der etwa unrichtig gewählte Ausdruck nicht entscheide, wenn aus dem Inhalte der Verfügung eine abweichende Willensmeinung zu erkennen ist[3]).

---

[1]) Vgl. §. 223 des kais. Pat. v. 9. August 1854, Nr. 208 des R. G. Bl.

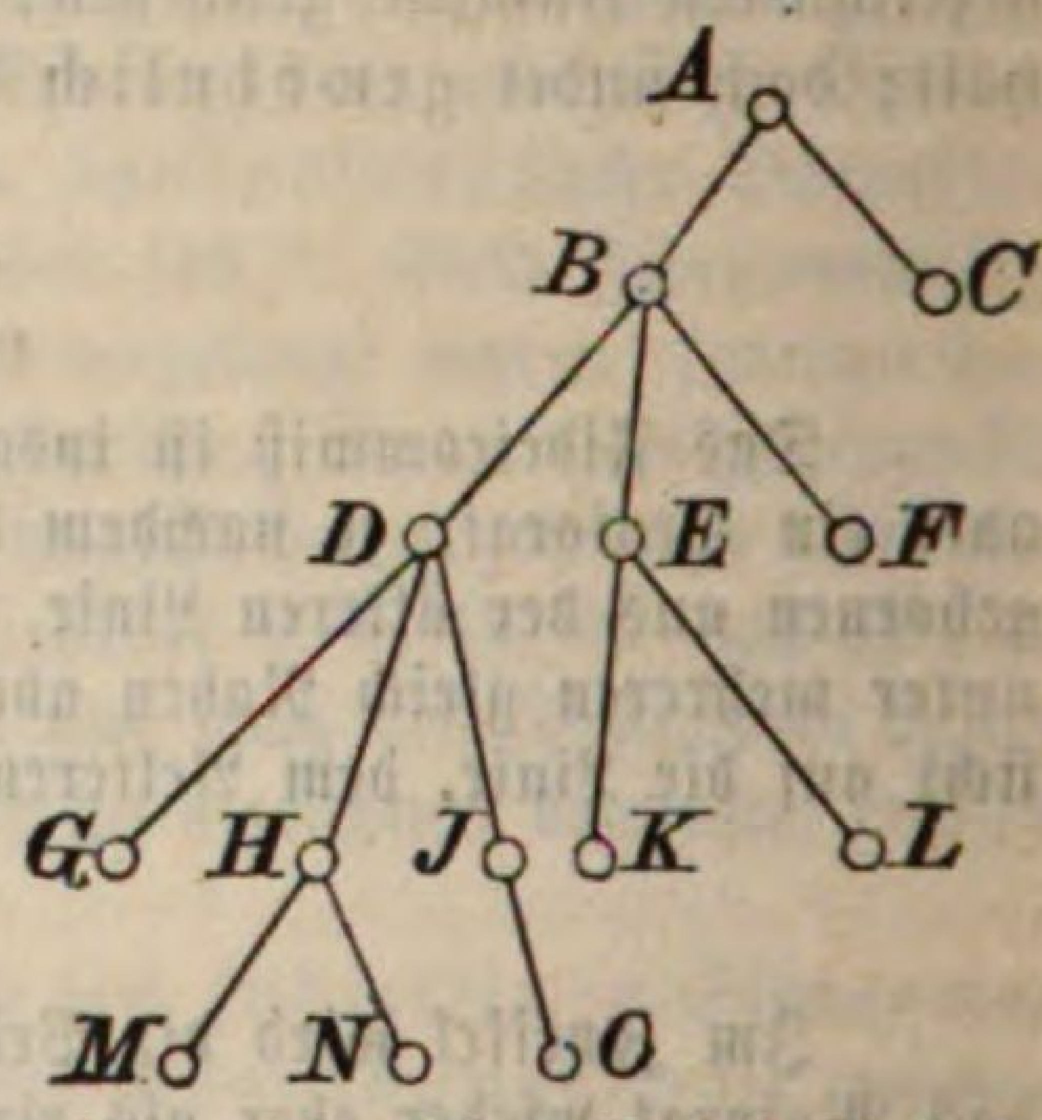
[2]) S. Gspan, a. a. O. Bd. 1, §. 26.

[3]) Vgl. den von Dr. v. Wildner im Jurist, Bd. 1, S. 1 und 381 dargestellten Successionsfall in das mährische Fideicommiß E. und R. oder das an ihre Stelle getretene Capital pr. 460.000 fl.

3. Die gewöhnlichsten Erbfolgeordnungen sind:

a) Die Primogenitur (Erstgeburtsordnung). Nach derselben gebührt die Erbfolge unter den Abstämmlingen einer Familie dem Erstgebornen und seiner Linie, in dieser aber immer wieder dem Erstgebornen oder dem an dessen Stelle tretenden Abkömmlinge, ohne Unterschied der Nähe des Verwandtschaftsgrades, so daß ein jüngerer Nebenast der Linie, in welcher sich das Fideicommiß befindet, erst beim Aussterben des älteren Nebenastes, und eine jüngere Linie nur nach Erlöschung aller Nebenäste der älteren Linie zum Fideicommisse gelangt.

Es folgt also in dem angefügten Beispiele der Erstgeborne B, nach diesem sein Sohn D und sein Enkel G; und zwar der letztere selbst dann, wenn D vor dem B verstorben wäre, so daß der, wiewohl demselben um einen Grad näher stehende E dem G weichen muß; er (E) oder seine Linie würde daher erst nach dem Aussterben aller Nebenäste der älteren Linie des B (G, H, M, N, J und O) zur Succession gelangen.



b) Das Majorat ist jene Erbfolgeordnung, bei welcher stets der nächste aus der Familie dem Grade nach und unter mehreren gleich nahen der ältere an Jahren succedirt, ohne Rücksicht auf die Linie, in welcher sie stehen.

Im obigen Beispiele würde daher nach dem Tode des B, wenn der D bereits vor ihm verstorben ist, nicht sein Enkel G (wie bei der Primogenitur), sondern sein zweitgeborner Sohn E in das Fideicommiß eintreten. Wäre dasselbe bereits an den G gelangt, und bei dem Tode M, N und J vorhanden, so würde J (der Bruder des letzten Besitzers) die beiden Neffen M und N ausschließen; unter den drei Neffen M, N und O würde aber, wenn sie allein concurrirten, das höhere Alter den Ausschlag geben.

c) Bei dem Seniorate entscheidet, ohne Rücksicht auf Linie und Grad der Verwandtschaft, immer nur das höhere Alter; das Fideicommiß würde also nach dem Tode des B (s. das obige Beispiel) und bei dem Vorhandensein des G, E, F und C nicht wie bei der Primogenitur an den G, oder bei dem Majorate an den E, sondern an den C, als den ältesten in der Familie, gelangen. Bei gleich hohem Alter (was meist nur bei Zwillingen eintreten dürfte) müßte nach der Analogie des §. 624 der Genuß des Fideicommisses getheilt werden.

4. Sollte sich der Stifter eines Fideicommisses über die bei demselben einzuhaltende Erbfolge nicht deutlich ausgedrückt haben, so streitet die Vermuthung zuvörderst für eine Primogenitur (§. 621), weil wohl anzunehmen ist, daß derjenige, der ein Fideicommiß errichtet, zunächst auf seine Abstämmlinge dabei Rücksicht genommen habe, unter diesen aber den erstgebornen, der am frühesten zur Verwaltung und zum Genusse des dazu bestimmten Vermögens fähig wird, berücksichtigen wollte. Die Majorate nähern sich vielfach der Primogenitur; sie sind demnach im Zweifel eher anzunehmen, als ein Seniorat, zumal auch bei der gesetzlichen Erbfolge die näheren Verwandten vor den entfernteren begünstigt erscheinen. Seniorate sind schon deßhalb nicht zu vermuthen, weil ein hohes Alter, wie Zeiller (Comment. Bd. 2, S. 528) ganz richtig bemerkt, die Aufsicht, Verwaltung und Verbesserung des Fideicommißgutes erschwert, und weil bei dem häufigen Wechsel des Besitzers namentlich auch durch die zu entrichtenden Uebertragungsgebühren häufige Verminderungen des Vermögens eintreten, weil sie endlich beinahe nur als eine Versorgung für das hilflose hohe Alter anzusehen kommen.

§. 622.

Der Stifter kann auch die Ordnung der Erbfolge ganz umkehren, und den Letzt-

nachgebornen aus der älteren Linie, oder den Jüngsten aus allen Linien; oder überhaupt Denjenigen berufen, welcher im Grade entweder dem Fideicommiß-Stifter, dem ersten Erwerber, oder dem letzten Besitzer am nächsten kommt.

§. 623.

Hat der Stifter hierüber seinen Willen nicht bestimmt ausgedrückt, so wird mehr Rücksicht auf den letzten Besitzer, als auf den Fideicommiß-Stifter und den ersten Erwerber genommen. Sind mehrere Personen in gleichem Grade vorhanden, so gibt das höhere Alter den Ausschlag.

1. Das Gesetz wollte durch die, in den vorhergehenden §§. enthaltene Normirung der gewöhnlichen Successionsarten den Stifter des Fideicommisses in Beziehung auf die Festsetzung der Erbfolge in demselben nicht binden (s. o. S. 227 d. W.), doch ist es immerhin räthlich, für den Fall, als etwas von den gedachten Successionsarten abweichendes angeordnet werden wollte, die Erbfolgeordnung möglichst genau zu bestimmen, weil sonst leicht Streitigkeiten darüber entstehen können.

2. Wird der letztnachgeborne aus der ältern Linie zur Nachfolge berufen, so könnte ein solches Fideicommiß füglich mit dem Namen einer Ultimogenitur bezeichnet werden, während für den Fall, daß immer der jüngste aus allen Linien zur Succession gelangen soll, der Name des Minorates gebräuchlich ist [1]. Stirbt bei der Ultimogenitur die Linie, in welcher das Fideicommiß sich befindet, aus, so dürfte auch nach unserem Rechte, in Ermanglung einer anderweitigen ausdrücklichen Verfügung, die Erbfolgeordnung sich dennoch wieder nach der Erstgeburt richten, mithin die ältere Linie alle jüngeren ausschließen [2], da überhaupt die Abweichung von dem, was als Regel aufgestellt ist (§. 620), nicht vermuthet werden kann [3]).

3. Hat der Fideicommißstifter zwar seinen Willen dahin ausgesprochen, daß immer der nächste dem Grade nach succediren soll, sich aber nicht weiter darüber erklärt, ob hierunter die Nähe des Grades zu dem Stifter, dem ersten Erwerber oder dem letzten Besitzer gemeint sei, so vermuthet das Gesetz (§. 623) das letztere, weil dann die Erbfolgeordnung sich wieder am meisten der als Regel geltenden Primogenitur nähert, weil das Fideicommiß nicht leicht aus der Familie dessen kommt, der einmal in den Besitz desselben gelangt ist, und weil mit Recht anzunehmen ist, daß derjenige am besten für die Erhaltung desselben sorgen werde, welcher mit Grund erwarten kann, daß er seine Mühe und Sorgfalt für die seinigen, und nicht für entferntere, ihm vielleicht ganz unbekannte Verwandte aufwenden werde [4]).

4. Die in dem Schlußsatze des §. 623 enthaltene Vermuthung stimmt mit der für die Majoratserbfolge aufgestellten Regel überein.

§. 624.

Wenn der Stifter anordnet, daß das Fideicommiß immer dem Nächsten aus der Familie zufallen solle; so wird darunter derjenige verstanden, welcher nach der gemeinen gesetzlichen Erbfolge aus der männlichen Nachkommenschaft der Nächste ist. Zwischen mehreren gleich Nahen wird, dafern aus der Anordnung nicht das Gegentheil erhellet, der Genuß des Fideicommisses getheilt.

1. Hat der Stifter angeordnet, daß das Fideicommiß immer dem nächsten aus der Familie (nicht dem nächsten dem Grade nach, vgl. oben §. 622) zufallen soll, so wird ein solches Fideicommiß von einigen ein „gemeines" Fideicommiß, von andern (und zwar gewöhnlicher) ein „Erbfideicommiß" genannt. Es tritt hierbei die gewöhnliche Intestaterbfolge (§§. 730 u. ff.) mit dem alleinigen Unterschiede ein, daß die weibliche Nachkommenschaft ausgeschlossen ist (§. 626). Es

---

[1]) S. Mittermaier, a. a. O. §. 450.
[2]) Im preußischen Landrechte Thl. II, Tit. 4, §§. 164 und 165 ist dieß ausdrücklich angeordnet.
[3]) S. Zeiller, Comment. Bd. 2, S. 530.
[4]) S. Winiwarter, bürgl. Recht, Bd. 3, S. 136.

kommt also der Fideicommißgenuß, abgesehen von dieser Ausnahme, immer an jene, welche, wenn kein Fideicommiß vorhanden wäre, nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge succedirt hätten. In obigem Beispiele würden mithin nach dem Ableben des G die beiden Brüder desselben H und J, und wenn auch J nicht mehr am Leben wäre, der Bruder H und der Neffe O zur Nachfolge berufen erscheinen (§§. 732 bis 737), und es läßt sich nicht behaupten[1]), daß der Neffe O durch seinen Oheim H ausgeschlossen werde, weil eine solche Ausschließung auch bei der gesetzlichen Erbfolge nicht Platz greift, diese aber hier nach dem klaren Wortlaute des Gesetzes als Richtschnur zu dienen hat[2]).

2. Zwischen mehreren gleich nahen, d. h. solchen Verwandten, welche nach den Regeln der Intestaterbfolge in das Allodialvermögen zugleich succediren würden, wird auch der Genuß des Fideicommisses getheilt, was allerdings einer der wichtigsten Bestimmungen des Fideicommiß-Institutes entgegen ist. Der Stifter kann also immerhin auch in dieser Beziehung eine abweichende Anordnung treffen; und es müßte dann, nach der Analogie der für die Fideicommißerbfolge im allgemeinen geltenden Grundsätze, unter den, in derselben Verwandtschaftslinie stehenden Personen die Nähe des Grades, unter mehreren auch dem Grade nach gleich nahen aber das höhere Alter (§. 623) entscheiden[3]).

§. 625.

Hat Jemand nebst dem Fideicommisse für die erstgeborne Linie ein zweites, oder mehrere Fideicommisse für die nachgebornen Linien errichtet; so gelangt der Besitzer des ersten Fideicommisses und dessen Nachkommenschaft erst dann zum Besitze eines anderen Fideicommisses, wenn in den übrigen Linien keine zu dem Fideicommisse berufenen Nachkömmlinge vorhanden sind, und die Fideicommisse bleiben nur so lange in Einer Person vereiniget, bis wieder zwei oder mehrere Linien entstehen.

1. Manchmal geschieht es, daß in einer Familie mehrere Fideicommisse von demselben oder von verschiedenen Stiftern errichtet werden, so daß eines für die erstgeborne Linie (Primogenitur)[4]), die andern für die nachgebornen Linien (Secundogenitur, Tertiogenitur u. s. w.) bestimmt sind. Auch hier ist hinsichtlich der zu beobachtenden Successionsordnung auf die Verfügung des Stifters zu sehen, und es kommen die bisher (S. 227—229 d. W.) entwickelten Grundsätze zur Anwendung, dergestalt, daß bei den einzelnen Fideicommissen auch verschiedene Successionsarten Platz greifen können, ohne daß eine auf die andere einen Einfluß zu üben hätte.

2. Eine weitere Frage in Ansehung solcher Fideicommisse entsteht aber dann, wenn eines derselben erledigt wird, d. h. wenn in der einen oder andern der, mit dem Fideicommisse ausgestatteten Linien keine successionsfähige Nachkommenschaft mehr vorhanden ist. — Wir finden die Beantwortung derselben in dem vorstehenden §. 625, dessen Auslegung aber allerdings mit großen Schwierigkeiten verknüpft ist. Zuvörderst dürfte die ganz richtige Behauptung Wessely's[5]) hervorzuheben sein, daß der Uebergang eines Fideicommisses von einer Linie auf die andere als ganz unabhängig von dem Uebergange des Fideicommisses in dieser Linie auf die einzelnen Personen derselben betrachtet werden muß, daher beides nicht mit einander zu verwechseln ist. Wir wollen deßhalb vorerst zu erörtern suchen, auf welche Linie ein erledigtes Fideicommiß überzugehen habe? — Hierbei muß wieder unterschieden

[1]) S. Wildner's Fideicommißrecht, S. 170.

[2]) S. Gredler's Recension des Wildner'schen Werkes in der Zeitschr. für österr. Rechtsgel. 1835, III., S. 367; dann Winiwarter, bürgl. Recht, Bd. 3, S. 137, und Gspan, a. a. O. Bd. 1, S. 53.

[3]) S. Winiwarter, bürgl. Recht, Bd. 3, S. 137. In diesem Falle würde allerdings der Bruder H seinen Neffen O ausschließen, wenn aber beide Brüder H und J noch am Leben wären, der ältere H succediren.

[4]) Die Bedeutung des Ausdruckes „Primogenitur" ist hier verschieden von jener in den §§. 619—621, indem hier nur der Gegensatz zur Secundogenitur u. s. w. hervorgehoben werden soll. Vgl. auch Wessely, über die Nachfolge in eine erledigte Primo-, Secundo-, Tertiogenitur u. s. w. bei Fideicommissen (in dessen Themis, neue Folge Hft. 3, S. 51).

[5]) A. a. O. S. 65.

werden, ob das erste oder ein späteres Fideicommiß in Erledigung komme, und ob bereits alle Linien mit einem Fideicommiß versehen sind, oder ob eine noch unbetheilte Linie vorhanden ist.

a) Nehmen wir zuvörderst an, es bestehen in der Familie des B (s. oben) zwei Fideicommisse, eines in der Linie des D, das andere in der Linie des E, es sei aber noch eine unbetheilte Linie des F vorhanden, und es werde nun die Primogenitur durch das Aussterben der ersten Linie erledigt. Hier wird nun offenbar die zweite Linie (E) zur ersten und die dritte (F) zur zweiten; es fällt also die Primogenitur an die nunmehrige erste Linie (E); weil aber nach §. 625 eine Vereinigung mehrerer Fideicommisse in einer Linie nur dann gestattet ist, wenn in den übrigen Linien keine zur Nachfolge Berufenen vorhanden sind, so muß E, wenn er die Primogenitur wirklich erlangen will, die von ihm bisher besessene Secundogenitur an die noch mit keinem Fideicommisse begabte Linie F abtreten [1]). Will er dieses nicht — und er kann dazu nicht gezwungen werden, weil überhaupt niemand gehalten ist, ein ihm angefallenes Recht anzunehmen — so übergeht die Primogenitur auf den F [2]).

b) Der zweite Hauptfall tritt dann ein, wenn die Secundogenitur des E durch das Aussterben seines Stammes in Erledigung kommt. Hier wird, wie in dem vorhergehenden Falle, die dritte Linie (des F) zur zweiten, und rückt also in die Secundogenitur ein, denn die erste Linie (D) gelangt nach dem ausdrücklichen Inhalte des §. 625 erst dann zum Besitze eines andern Fideicommisses, wenn in den übrigen Linien keine zu dem Fideicommisse berufenen Nachkömmlinge vorhanden sind. Wäre außer dem F noch eine jüngere (vierte) Linie übrig, so würde sie nach der Analogie der §§. 621 und 623 von der älteren (dritten) Linie ausgeschlossen, und könnte nur dann zur Succession kommen, wenn F von dem ihm angefallenen Rechte keinen Gebrauch machen wollte. Hiervon soll nach der Ansicht Wildner's (a. a. O. S. 161) dann eine Ausnahme eintreten, wenn die Primogenitur nicht mehr in der Hand des Erstgebornen D, sondern in jener seines Sohnes G ist; in welchem Falle die erledigte Secundogenitur dem zweiten Sohne desselben (H) zuzutheilen komme. Allein mit Recht hat schon Wessely [3]) dagegen bemerkt, daß von dem ganz zufälligen Umstande, ob D einige wenige Minuten vor oder nach dem E gestorben sei, ein so bedeutender Unterschied in der Regel nicht abhängen könne; daß ferner der §. 625 nicht nur den Besitzer des ersten Fideicommisses selbst (D), sondern auch dessen Nachkommenschaft (G, H, J) so lange von der Erwerbung eines zweiten Fideicommisses ausschließe, als noch in den andern Linien fideicommißberechtigte Abstämmlinge vorhanden sind; und daß hierdurch gegen die Absicht des Stifters beide Fideicommisse in einer einzigen von ihm ausgehenden Familie (des D) vereiniget würden, während er durch die Errichtung mehrerer Fideicommisse seinen Willen gerade dahin zu erkennen gab, „daß nicht bloß der erste Sohn der Stammherr einer durch den gesicherten Besitz eines Fideicommißvermögens ansehnlichen

---

[1]) Diese Ansicht vertheidigen: Wildner, a. a. O. S. 164 und in dem Successionsfalle in ein Secundogenitur-Fideicommiß" (Jurist, Bd. 2, S. 420 und Bd. 4, S. 203); Wessely, a. a. O. S. 61 und 71, und Winiwarter, bürgl. Recht, Bd. 3, S. 138. — Gspan, a. a. O. (S. 95), meint dagegen, daß die Primogenitur an die noch unbetheilte dritte Linie (F) falle; allein dadurch würde die Unzukömmlichkeit entstehen, daß die jüngere Linie vor der älteren bevorzugt würde, weil die Primogenituren, wie die Erfahrung zeigt, immer ein weit größeres Vermögen als die Secundogenituren in sich begreifen. — Vgl. Wessely: Würdigung einiger von Gspan aufgestellten Ansichten über die Nachfolge in Primo-, Secundo-, Tertiogenituren u. s. w., nach §. 625 des a. b. G. B. (in dessen Themis, neue Folge, Hft. 7, S. 44).

[2]) Vgl. Wessely, Themis, Hft. 3, S. 72 und Hft. 7, S. 52, gegen Wildner, welcher behauptet, daß E die erledigte Primogenitur annehmen müsse. Diese beiden Schriftsteller unterscheiden sich auch noch in einem anderen Punkte. Wäre nämlich in unserem vorausgesetzten Falle E mit Hinterlassung zweier Söhne (K und L) vor dem D gestorben, so meint Wildner, daß die in Erledigung gekommene Primogenitur an den K, die Secundogenitur aber nicht an den F, sondern an den L falle; allein mit Recht bestreitet Wessely (a. a. O. S. 61) diese Ansicht, denn nach derselben würden gegen die Absicht des Fideicommißstifters und gegen die Anordnung des Gesetzes (§. 625) zwei Fideicommisse in einer Linie (nämlich jener des E) vereinigt, zumal K und L nicht als selbständige Linien, sondern nur als Nebenäste der Linie E anzusehen sind.

[3]) A. a. O., Themis, Hft. 3, S. 52 und 66.

Familie werde, sondern daß auch sein zweiter oder weiterer Sohn oder wenigstens ihre Nachkommen dieses Glück haben sollen; daß somit auch sein eigenes Ansehen und ein reges Andenken durch die Familien zweier oder mehrerer seiner Söhne fortgepflanzt werde."

c) Stirbt die Secundogenitur aus, ohne daß noch eine dritte, unbetheilte Linie übrig ist, so fällt sie nach dem Wortlaute des §. 625 an die Primogenitur, also an den D, wenn dieser noch lebt, und keine Kinder hat; wenn aber zur Zeit der Erledigung des zweiten Fideicommisses von dem D bereits Abstämmlinge (G, H, J) vorhanden sind, so wird von Zeiller (Comment. Bd. 2, S. 533) und Gspan (a. a. O. Bd. 1, S. 91) behauptet, daß die Secundogenitur sogleich an den zweitgebornen Sohn des D (H) vererbt werde, während die meisten übrigen Rechtsgelehrten und die gemeine Praxis der Ansicht sind, daß beide Fideicommisse in der Person des D bis zu seinem Tode vereinigt bleiben, und daß erst nach dessen Ableben die Primogenitur an den G und die Secundogenitur an den H übergehe; denn so lange D noch lebt, kann nicht von mehreren Linien die Rede sein, die von ihm ausgehen, diese werden von seinen Söhnen erst dann gebildet, wenn er mit Tode abgeht; auch würde man bei der gegentheiligen Ansicht zu der Ungereimtheit gelangen, daß der zweitgeborne Sohn H früher zum Besitze eines Fideicommisses komme, als der Erstgeborne[1]). Nur wenn der Stifter ausdrücklich angeordnet hätte, daß die Fideicommisse durchaus nicht vereinigt werden sollen, müßten in unserem Falle die vorhandenen Abstämmlinge des D auch noch bei Lebzeiten desselben zum Besitze der Secundogenitur zugelassen werden; jedoch selbst unter dieser Voraussetzung müßte, wie es scheint, der Erstgeborne (G) vor den später gebornen H und J den Vorzug erhalten, und ihm (dem G) der Besitz der Secundogenitur so lange eingeräumt werden, bis er nach dem Tode seines Vaters zur Primogenitur gelangt[2]).

d) Ganz auf ähnliche Weise wäre zu entscheiden, wenn die Primogenitur (D) in Erledigung kommt, und keine unbetheilte Linie mehr vorhanden ist. Sie käme in diesem Falle an die zweite Linie (E) und erst nach dem Tode des E an den K, während dann L die in der Linie des E schon früher vererblich gewesene Secundogenitur erlangte.

e) Sind drei mit Fideicommissen ausgestattete Linien D, E und F vorhanden, und es erlischt die Zwischengenitur (E), so geht dieselbe auf die dritte Linie (F) über, die nunmehr die zweite Linie geworden ist; diese muß aber, wenn sie das ihr angefallene erledigte Fideicommiß annehmen will, die Tertiogenitur an D oder dessen Nachkommen abtreten, und es kämen in Ansehung derselben die unter c) aufgestellten Grundsätze zu beobachten[3]).

f) Stirbt in dem unter e) vorausgesetzten Falle die Tertiogenitur (Ultimogenitur) des F aus, so gelangt sie an die Primogenitur D unter den sub d) aufgestellten Regeln, denn es scheint der Absicht des Stifters ganz zu entsprechen, daß für den Fall, als sein Ansehen und Andenken nicht mehr durch drei von ihm ausgehende Linien fortgepflanzt werden kann, der Familienglanz der von ihm abstammenden ersten oder ältesten Linie durch die Vereinigung mehrerer Fideicommisse vergrößert werde[4]).

g) Käme unter gleicher Voraussetzung die Primogenitur in Erledigung, so folgt aus dem gesagten, daß sie an die zweite Linie E übergehe, welche aber ihre Secundogenitur an die dritte Linie F abtreten muß, von der nun die bisher von ihr besessene Tertiogenitur an die nunmehr zur Primogenitur gewordene Linie des E übergeht, und so lange mit dem ersten Fideicommisse vereinigt bleibt, bis (nach dem Tode des E) K und L zur Succession gelangen[5]).

---

[1]) S. Wessely, Themis, Hft. 3, S. 74 und Hft. 7, S. 39.

[2]) S. Winiwarter, bürgl. Recht, Bd. 3, S. 139.

[3]) S. Wessely, Themis, Hft. 3, S. 68 und Hft. 7, S. 50 gegen Gspan (Bd. 1, S. 101), welcher behauptet, daß die Secundogenitur (und nicht die Tertiogenitur) an den D und dessen Nachkommen falle.

[4]) S. Wessely, Themis, Hft. 3, S. 68.

[5]) S. Wessely, Themis, Hft. 3, S. 72. — Gspan (a. a. O. S. 100) läßt in diesem Falle zwar

3. Sind mehrere Fideicommisse in einer Linie vereinigt worden, so hat die weitere Vererbung derselben nach der für jedes dieser Fideicommisse von dem Stifter angeordneten Erbfolgeordnung zu geschehen, und es ist dabei nur der Grundsatz des §. 625 festzuhalten, daß die mehreren Fideicommisse bloß im Nothfalle in einer Person vereinigt werden dürfen, daß sie aber allsogleich wieder zu trennen seien, sobald von neuem zwei oder mehrere Linien entstanden sind.

a) Hat nun der Stifter die Primogenitur-Erbfolge vorgeschrieben, und ist die Secundogenitur mit der Linie des D vereiniget worden, so übergeht nach seinem Tode die Primogenitur auf den G und die Secundogenitur auf den H; hätte D auch die Tertiogenitur besessen, so gelangt diese an den J; hätte aber D nur zwei Söhne G und H, so würde G die Primo- und Tertiogenitur und H die Secundogenitur erhalten. Hat D dagegen die Primo- und Tertiogenitur in seiner Person vereinigt, so könnte behauptet werden, daß die letztere nach seinem Ableben an den J (als drittgebornen) falle; allein dann müßte der zweite Sohn H leer ausgehen, und dieß widerspräche der Natur der Primogeniturerbfolge, bei welcher die ältere Linie immer vor der jüngeren den Vorzug hat (§. 621), und erst wenn in der Folge etwa die Secundogenitur erledigt würde, käme sie auf den H, welcher aber dann die inzwischen besessene Tertiogenitur an den J abtreten müßte[1]).

b) Sind die von dem Stifter errichteten Fideicommisse Majorate oder Seniorate, so ist wiederholt hervorzuheben (s. ob. S. 230 d. W.), daß die für jedes einzelne Fideicommiß bestimmte Erbfolgeordnung gar keinen Unterschied in dem Uebergange eines durch Aussterben der Linie des ersten Erwerbers erledigten Fideicommisses auf eine andere Linie begründe; daß aber die Frage, welche Personen in dasselbe nach einmal erfolgtem Uebergange zu succediren haben, aus der dafür bestehenden Anordnung des Stifters zu entscheiden sei[2]). Wäre z. B. die für die Linie des D gestiftete Primogenitur zur Zeit, als die Secundogenitur in Erledigung kommt, bereits in der Hand des H, so wird nach seinem Tode die Primogenitur nach dem Erstgeburtsrechte auf seinen Sohn M, die Secundogenitur aber, wenn in derselben die Majoratserbfolge eingeführt ist, auf den J übergehen.

§. 626.

Die weibliche Nachkommenschaft hat in der Regel keinen Anspruch auf Fideicommisse. Hat aber der Stifter ausdrücklich verordnet, daß nach Erlöschung des Mannsstammes das Fideicommiß auf die weiblichen Linien übergehen soll; so geschieht dieses nach der für die männliche Geschlechtsfolge vorgeschriebenen Ordnung; doch gehen die männlichen Erben derjenigen Linie, welche zum Besitze des Fideicommisses gelangt ist, den weiblichen Erben vor.

1. Die Successionsfähigkeit in Beziehung auf Fideicommisse ist, insofern weder die Stiftungsurkunde selbst, noch das Gesetz etwas besonderes darüber festsetzt, nach den hinsichtlich der Erbfähigkeit überhaupt geltenden Grundsätzen (§§. 538—544) zu beurtheilen. Insbesondere aber sind von der Fideicommiß-Erbfolge ausgeschlossen:

a) die unehelichen Kinder, da sie nach §. 165 auf die Rechte der Familie keinen Anspruch haben;

b) die legitimirten Kinder, wenn die Legitimation nur dadurch bewirkt wurde, daß wenigstens einem ihrer Elterntheile die schuldlose Unwissenheit des ihrer Ehe entgegengestandenen Hindernisses zu Statten kommt (§. 160), oder wenn sie durch Begünstigung des Landesfürsten bloß in Rücksicht auf die Nachfolge in das freivererbliche Vermögen legitimirt wurden (§. 162);

---

auch die Primogenitur an die zweite Linie gelangen, meint aber, daß sie in derselben mit der Secundogenitur vereinigt bleiben müsse.

[1]) S. Wessely, a. a. O., Themis, Hft. 3, S. 72 und ff. — Zum Theile abweichender Ansicht ist Gspan, a. a. O., Bd. 1, S. 105.

[2]) S. Wessely, Themis, Hft. 3, S. 80.

c) die Wahlkinder, weil das Wahlverhältniß (nach §§. 183 und 184) auf die übrigen Mitglieder der Familie der Wahleltern keinen, ihre Rechte beschränkenden Einfluß üben kann; .

d) die weibliche Nachkommenschaft (§. 626), worunter nicht nur die Weiber selbst, sondern auch die von ihnen abstammenden Männer (häufig Cognaten genannt) begriffen erscheinen, weil durch sie der Name des Fideicommißstifters nicht fortgepflanzt wird.

2. Außerdem können auch in der Errichtungsurkunde eines Fideicommisses noch besondere Bedingungen der Successionsfähigkeit ausgesprochen sein; z. B. die Bedingung des weltlichen Standes, oder die Bestimmung, daß der Verlust des Adels oder eine Mißheirat zum Fideicommißbesitze unfähig mache [1]). In dieser Hinsicht bieten sich, namentlich in der letzteren Beziehung, mancherlei Schwierigkeiten dar. Unter Mißheirat versteht man nämlich diejenige, welcher wegen Ungleichheit des Standes der Ehegatten die vollen bürgerlichen Rechtswirkungen einer Ehe, in Bezug auf den aus einem niedrigeren Stande gebornen Ehegatten und die aus einer solchen Ehe erzeugten Kinder entzogen sind [2]); und man rechnet insbesondere darunter die Ehe eines Adeligen mit einer Nichtadeligen [3]), sowie eines Hochadeligen mit einer Person von niederem Adel. Allein unser a. b. G. B. legt, ohne auf solche Standesunterschiede Rücksicht zu nehmen, jeder nach den Vorschriften des Gesetzes eingegangenen Ehe die gleichen rechtlichen Wirkungen bei, und selbst in den älteren Reichsgesetzen fehlt es an einer ausreichenden Bestimmung über Miß-Ehen [4]). Es läge also in jedem einzelnen vorkommenden Falle denjenigen, welche einem Mitgliede der Familie das Successionsrecht wegen seiner Abstammung aus einer Mißheirat bestreiten wollen, der Beweis ob, daß eine solche im Sinne der Stiftungsurkunde vorhanden gewesen sei, ein Beweis, welcher nur aus noch giltigen Familienstatuten oder auf Grundlage eines ununterbrochenen Herkommens in der Familie dürfte geführt werden können.

3. Von der Regel, daß die weibliche Nachkommenschaft keinen Anspruch auf Fideicommisse habe, sind allerdings Ausnahmen zulässig, die aber nur auf einer ausdrücklichen Anordnung des Stifters beruhen können; diese ist daher auch maßgebend, wenn es sich darum handelt, wie die Vererbung des Fideicommisses in der weiblichen Linie vor sich gehen soll. Hat der Stifter hierüber nichts bestimmtes angeordnet, so tritt die Verfügung des §. 626 ein, daß nämlich die für die männliche Geschlechtsfolge vorgeschriebene Ordnung (also die der Primogenitur, des Majorates, Seniorates, Minorates u. s. w.) auch auf die weibliche Linie anzuwenden sei, daß aber, sobald die weibliche Linie zur Succession gelangt ist, die männlichen Erben wieder den weiblichen vorgehen [5]). Dieser Vorzug des männlichen Geschlechtes äußert sich also nicht bei dem Uebergange des Fideicommisses von dem Mannesstamme auf die weibliche Nachkommenschaft, wohl aber bei der weiteren Vererbung, so daß der Sohn nicht die Mutter, wohl aber der Bruder die Schwester ausschließt [6]).

4. Der Stifter des Fideicommisses kann auch die Einrichtung treffen, daß dasselbe in der männlichen und weiblichen Nachkommenschaft ohne Unterschied des Geschlechtes nach der von ihm aufgestellten Successionsordnung vererbe (gemischte nicht subsidiarische Fideicommisse), ja er könnte sogar ein Fideicommiß ausschließend für die weibliche Verwandtschaft errichten (Weiber-Fideicommisse);

---

[1]) S. Gspan, a. a. O., Bd. 1, S. 56.

[2]) S. Klüber's Abhandlungen für Geschichtskunde und Staatswissenschaft, Thl. I, S. 252, und Mittermaier, a. a. O. Bd. 2, §. 378.

[3]) S. Göhrum, Geschichtliche Darstellung der Lehre von der Ebenbürtigkeit nach gemeinem deutschen Rechte. Tübingen 1846. Bd. 1, S. 307.

[4]) S. Mittermaier, a. a. O. Bd. 2, §. 379, S. 339.

[5]) Man nennt solche Fideicommisse gemischte subsidiarische.

[6]) S. Ellinger, Handb. S. 244.

allein eine solche Abweichung von dem gewöhnlichen kann nicht vermuthet, sondern müßte klar erwiesen werden.

5. Endlich kommt auch noch darauf Rücksicht zu nehmen, in welcher Weise der Stifter die weibliche Nachkommenschaft nach dem Aussterben des Mannsstammes zur Nachfolge in das Fideicommiß berufen habe; ob dieses nämlich als solches auf die weibliche Linie übergehen solle, oder ob diese nur überhaupt dazu berufen sei, dergestalt, daß der letzte Besitzer nicht wie sonst beim Erlöschen des Mannsstammes nach Willkür darüber verfügen darf (§. 645), sondern die mit dem Fideicommißbande behaftet gewesenen Güter der weiblichen Nachkommenschaft überlassen muß (§. 608), für welche sie aber dann als ein freivererbliches Vermögen erscheinen.

§. 627.

Bedingungen zur Errichtung eines Fideicommisses.

Ohne besondere Einwilligung der gesetzgebenden Gewalt kann kein Fideicommiß errichtet werden. Bei der Errichtung ist ein ordentliches, beglaubtes Verzeichniß aller zu dem Fideicommisse gehörigen Stücke zu verfassen, und gerichtlich aufzubewahren. Dieses Inventarium dient bei jeder Besitzveränderung und bei Absonderung des Fideicommisses von dem freien Vermögen zur Richtschnur. Für die Sicherheit des Fideicommisses hat das Gericht nach den besonderen Vorschriften zu sorgen.

1. Es ist schon oben (S. 226 d. W.) bemerkt worden, daß ohne besondere Bewilligung der gesetzgebenden Gewalt kein Fideicommiß errichtet werden dürfe[1]).

Es kann daher gegenwärtig nach §. 1 des Gesetzes vom 13. Juni 1868, Nr. 61 des R. G. Bl., die Bewilligung zur Errichtung eines Fideicommisses nur durch ein Reichsgesetz ertheilt werden, und der betreffende Gesetzvorschlag hat als Regierungsvorlage an den Reichsrath zu gelangen.

2. Der Umstand, daß die französische und bairische Regierung in den durch die früheren Friedensschlüsse von Oesterreich abgetretenen Gebietstheilen die Fideicommisse aufgehoben hatten, gab die Veranlassung, daß nach der Revindication dieser Provinzen für Tirol und Voralberg durch das Hfd. v. 19. October 1816, Nr. 1290 der J. G. S., und für Salzburg und den Innkreis durch das Hfkzld. v. 20. Februar 1817, Nr. 1318 ebenda, erklärt wurde, daß zwar die Wiederherstellung der daselbst aufgehobenen Fideicommisse nicht stattfinde, daß jedoch, wie in anderen Provinzen, die Errichtung neuer Fideicommisse[2]) unter den im a. b. G. B. festgesetzten Bedingungen zuläßig sei. Dieselbe Bestimmung wurde mit dem Hfd. v. 6. September 1819, Nr. 1602 der J. G. S., für den zum (damaligen) Görzer Kreise geschlagenen, am rechten Ufer des Isonzo gelegenen Gebietstheil getroffen, welcher vorher dem Königreiche Italien einverleibt gewesen, für jene Landestheile dagegen, welche früher zu dem Königreiche Illyrien gehört hatten, und in denen das französische Decret von Antwerpen vom 30. September 1811, Art. 44 über die Fideicommisse kundgemacht worden war, verfügte das Hfd. v. 8. August 1817, Nr. 1358 der J. G. S., daß dasselbe nur dann von Wirksamkeit sein sollte, wenn sich mit dem letzten Besitzer des Fideicommisses bis zur Wiedereinführung der österreichischen Gesetzgebung (mit 1. August 1814) eine Besitzveränderung schon wirklich ergeben hatte, daß dagegen, wo sich keine solche Veränderung des Besitzers ereignete, die Fideicommisse als fortdauernd und bestehend nach den österreichischen Gesetzen zu handhaben und zu behandeln seien. Für das lombardisch-venetianische Königreich erklärte das Decret des Mail. Gub. vom 2. April 1816 (Atti ufficiali v. J. 1816, Bd. 1, S. 229), daß die von der früheren italienischen Regierung bewilligten Fideicommisse und Majorate aufrecht zu verbleiben haben, daß sie jedoch, was die Einschuldung und Umwandlung derselben betrifft, nach den öster-

[1]) Im Einklange hiermit wird auch die Auslegung einer allerhöchsten Entschließung, mit welcher die Errichtung eines Fideicommisses bewilligt wurde, nur von der gesetzgebenden Gewalt ausgehen können.
[2]) In dem Hfkzld. vom 20. Februar 1817 heißt es: „adeliger Fideicommisse."

reichischen Gesetzen zu beurtheilen seien. Da ferner durch den 14. Artikel der deutschen Bundesacte v. 8. Juni 1815 den vormals reichsständischen und reichsunmittelbaren Familien in Deutschland die Zusicherung ertheilt worden war, daß ihre noch bestehenden Familienverträge nach den Grundsätzen der früheren deutschen Verfassung aufrecht erhalten werden, und daß diese Häuser die Befugniß haben sollen, über ihre Güter und Familienverhältnisse verbindliche Verfügungen zu treffen, so wurde durch das Justizhfd. v. 19. September, 1836, Nr. 156 J. G. S., verordnet, daß auch in den zum deutschen Bunde gehörigen österreichischen Staaten die von vormals reichsunmittelbaren Familien, welche daselbst ihren Wohnsitz haben, oder künftig nehmen werden, vor Unterzeichnung der Bundesacte errichteten noch bestehenden Familienverträge, oder nach Abschließung der Bundesacte getroffenen Verfügungen über ihre Güter und Familienverhältnisse, jedoch nur dann volle Kraft haben, und von den Gerichten für giltig und verbindlich erachtet werden sollen, wenn sie Sr. k. k. Majestät landesfürstliche Genehmigung erhalten haben.

3. Die Gesuche um die l. f. Bewilligung zur Errichtung von Fideicommissen sind nach §. 220 des Pat. v. 9. August 1854, Nr. 208 des R. G. Bl., bei dem Ministerium des Inneren zu überreichen. Wenn es sich nur um die Einholung der vorläufigen Bestimmung handelt, ob Allerhöchst Seine Majestät geneigt seien, bei Vorlage eines vollständigen Entwurfes der Anordnungen, nach welchen der Bittsteller das Fideicommiß zu errichten gedenkt, dem Gesuche zu willfahren, so muß doch der Gegenstand und beiläufige Werth des Fideicommisses angegeben, und erörtert werden, ob der Errichtung desselben keine in den persönlichen und Familienverhältnissen des Bewerbers, soweit dieselben bekannt sind, gegründeten Bedenken entgegen stehen [1]). — Um die endliche Bewilligung zur Errichtung eines Fideicommisses zu erlangen, muß das Original oder ein vollständiger Entwurf der Urkunde, wodurch dasselbe errichtet werden soll, und ein Verzeichniß des zu dem Fideicommisse bestimmten Vermögens beigelegt werden, welches bei der Aufnahme des Fideicommiß-Inventars zur Grundlage zu dienen hat (§. 221 ebd.). — Die vorläufige l. f. Genehmigung tritt nur insofern in Wirksamkeit, als die Original-Urkunde über das Fideicommiß, falls sie nicht schon dem Gesuche beiliegt, von dem Fideicommißstifter oder von dessen Erben wirklich ausgefertiget wird, und seine Anordnung ohne Nachtheil für die erworbenen Rechte eines dritten vollzogen werden kann (§. 222 ebd.).

4. Was in Ansehung der Errichtung eines Fideicommisses gilt, muß offenbar auch für die Ausdehnung desselben auf, in der ursprünglichen Bewilligung nicht enthaltene Personen oder Vermögensbestandtheile als Richtschnur dienen; dagegen ist die Vertauschung und Verwandlung der Fideicommißgüter in den §§. 633 und 634 des b. G. B. geregelt.

5. Bei jeder Errichtung eines Fideicommisses muß ein ordentliches beglaubigtes Verzeichniß aller zu dem Fideicommisse gehörigen Stücke verfaßt werden. Das Fideicommiß-Inventar ist nach §. 223 des k. Pat. v. 9. August 1854, wenn das Fideicommiß von dem Stifter bei seinem Leben errichtet wird, sogleich, nachdem dem Gerichte die erfolgte l. f. Genehmigung hierzu bekannt gemacht worden ist, außerdem aber bei dem Tode des Stifters gerichtlich aufzunehmen. Ergibt sich nach dem Tode des Fideicommißstifters ein Abgang an dem zum Fideicommisse bestimmten Vermögen, oder eine Verminderung desselben durch die davon zu entrichtenden Gebühren, durch die Ergänzung des Pflichttheiles der Notherben, oder auf andere Weise, so hat das Gericht ein neues Inventar über die reine Fideicommiß-Erbschaft verfertigen zu lassen.

---

[1]) So war auch schon in dem Hfkzld. vom 13. Juli 1832 (pol. G. S. Bd. 60, S. 196) angeordnet, daß in allen Fällen, wo auf vorläufige Bewilligung zur Errichtung von Fideicommissen eingeschritten wird, der beiläufige Geldwerth des Vermögens, welches als Fideicommiß bestehen soll, angegeben, und auch angezeigt werden soll, ob keine oder welche auf bekannte Umstände gegründete Bedenken in den persönlichen oder Familienverhältnissen des Bewerbers der Ertheilung im Wege stehen.

6. Die Versicherung des Fideicommißvermögens geschieht in Rücksicht der zum Fideicommisse gehörigen unbeweglichen Güter durch Eintragung der fideicommissarischen Anordnung in die öffentlichen Bücher. In den Ländern, wo öffentliche Bücher nicht eingeführt sind, ist sich an die daselbst bestehenden Vorschriften zu halten. Kostbarkeiten und Fahrnisse, mit Ausnahme der Capitalien, können in der Verwahrung des Fideicommißbesitzers bleiben, welcher jedoch die Uebernahme derselben entweder in dem Fideicommiß-Inventar oder in einer besonderen Urkunde zu bestätigen hat. Oeffentliche oder Privat-Schuldbriefe und alle übrigen Urkunden über die Forderungen des Fideicommisses müssen in gerichtliche Verwahrung genommen werden (§. 230 ebd.). — Bei der Anlegung, Aufkündigung und Zurückbezahlung der Fideicommiß-Capitalien sind die Vorschriften über das Vermögen der Minderjährigen zu beobachten. Das Gericht hat über die Anlegung eines Fideicommiß-Capitals immer den Curator und in wichtigeren Fällen auch die nächsten Anwärter zu vernehmen. Bei unzweifelhaft erwiesener gesetzmäßiger Sicherheit kann jedoch der Antrag des Fideicommißbesitzers, der von dem Curator oder den Anwärtern verweigerten Beistimmung ungeachtet, von dem Gerichte genehmigt werden (§. 231 ebd.). — Bei Privatpersonen für das Fideicommiß angelegte Geldsummen müssen in den Schuldscheinen und in den öffentlichen Büchern ausdrücklich als Fideicommiß-Capitalien bezeichnet, Staatspapiere, wenn sie auf den Ueberbringer lauten, der Vinculirung von Seite der öffentlichen Casse unterzogen, wenn sie aber auf bestimmte Namen lauten, auf das Fideicommiß umschrieben werden (§. 232 ebd.).

§. 628.

Widerruf der Errichtung [eines Fideicommisses.]

Der Fideicommißstifter hat das Recht, die Errichtung des Fideicommisses zu widerrufen, so lange noch Niemand durch die Uebergabe oder durch Vertrag ein Recht erworben hat; und der Wille wird als widerrufen angesehen, wenn dem Erblasser ein männlicher ehelicher Erbe, der in dem Fideicommisse nicht begriffen ist, geboren wird.

1. Der Fideicommißstifter hat das Recht, die Errichtung des Fideicommisses zu widerrufen, so lange noch niemand ein Recht daraus erworben hat, wenn auch die l. f. Genehmigung bereits erfolgt wäre, weil ihm diese nur ein Recht ertheilt, keineswegs aber eine Verpflichtung auferlegt [1]).

2. Wurde das Fideicommiß in einer letztwilligen Anordnung errichtet, so kann diese, wie jede andere Erklärung des letzten Willens, von dem Stifter, so lange er lebt, widerrufen werden (§. 695), weil hier die Berufenen erst mit dem Tode des Erblassers ein Recht zur Nachfolge erlangen (§. 536).

3. Das nämliche würde auch dann gelten, wenn die Errichtung zwar durch einen Act unter Lebenden, aber kraft einer einseitigen Willenserklärung erfolgte, so lange noch keine Uebergabe stattgefunden hat.

4. Wurde diese letztere bereits vorgenommen, so tritt zu dem gemachten Versprechen auch die Annahme von Seite desjenigen hinzu, an den die Uebergabe erfolgt ist; es ist dann ein wirklicher Vertrag vorhanden, von welchem nicht mehr einseitig zurückgetreten werden kann.

5. Dieß ist auch dann der Fall, wenn zwar noch keine Uebergabe eingetreten ist, die Errichtung aber mittelst eines Vertrages geschah. Das hierdurch erworbene Recht des Berufenen ist vor erfolgter landesfürstlicher Genehmigung nur ein bedingtes, es darf ihm aber nicht mehr willkürlich entzogen werden, sondern er wäre vielmehr befugt, den Stifter zur Erfüllung seines Versprechens, also zur Ueber-

[1]) Gspan (a. a. O. Bd. 1, S. 42) meint, der Widerruf könne nicht mehr stattfinden, wenn in Folge des herabgelangten Consenses Fideicommiß-Curatoren (siehe unten) aufgestellt worden sind; allein das Gesetz enthält nirgends eine solche Beschränkung. Uebrigens wird wohl schwerlich zur Aufstellung von Fideicommiß-Curatoren geschritten werden, bevor die Uebergabe des Fideicommisses erfolgt ist, wo dann freilich ein Widerruf nicht mehr stattfindet.

reichung des Gesuches um die Bestätigung des Landesfürsten anzuhalten, oder selbst um diese anzusuchen[1]).

6. Im Falle eines **letztwillig** angeordneten Fideicommisses[2]) findet sogar ein **vermutheter** Widerruf statt, wenn der Erblasser zur Zeit, da er noch keine männlichen ehelichen Erben hatte, oder (wohl auch zufolge einer unabweislichen Analogie) da ihm das Dasein derselben **unbekannt** war, ein Fideicommiß zu Gunsten eines **andern** Familiengliedes errichtete, und ihm nun später ein solcher männlicher ehelicher Erbe geboren oder bekannt wird; denn es ist anzunehmen, daß er, wenn er dieses Ereigniß vorausgesehen hätte, oder wenn ihm das Dasein eines solchen Erben bekannt gewesen wäre, entweder gar kein Fideicommiß errichtet, oder eine andere Erbfolgeordnung für dasselbe festgesetzt hätte[3]). Dagegen würde die Geburt einer Tochter oder Enkelin, oder eines wiewohl männlichen aber **unehelichen** Nachkommen die Vermuthung des Widerrufes nicht begründen, weil durch solche Abstämmlinge der Name des Stifters nicht fortgepflanzt wird, daher nicht anzunehmen ist, daß der Gedanke an dieselben den Stifter von der Errichtung der Fideicommisses abgehalten, oder zur Festsetzung einer andern Nachfolgeordnung bewogen haben würde[4]). Da es ferner im Gesetze heißt: „wenn dem Erblasser ein männlicher ehelicher Erbe **geboren** wird," so ist auch der Fall der **Legitimation** oder Adoption nicht hierher zu beziehen.

§. 629.

Grundsatz über die Rechte der Anwärter und des Inhabers des Fideicommisses.

Das Eigenthum des Fideicommißvermögens ist zwischen allen Anwärtern und dem jedesmaligen Fideicommiß-Inhaber getheilt. Jenen kommt das Obereigenthum allein, diesem aber auch das Nutzungseigenthum zu.

1. Die Natur des Fideicommisses bringt es mit sich, daß zu demselben die in der Stiftung bezeichneten Mitglieder einer Familie dergestalt berufen sind, daß der Besitz und ungetheilte Genuß des Fideicommißgutes wenigstens in der Regel (§. 624) immer nur **Einem**, den übrigen aber ein auf den Willen des Stifters sich gründendes Recht zur Nachfolge zusteht. Derjenige, welcher sich in dem Genusse des Fideicommisses befindet, wird **Fideicommiß-Inhaber** (**Fideicommißbesitzer**), die andern, eventuell zur Nachfolge berufenen werden **Anwärter** genannt, worunter auch die, wenngleich noch nicht vorhandene Nachkommenschaft zu zählen ist[5]).

2. Nach gemeinem Rechte ist der Fideicommißbesitzer **Allein-Eigenthümer**, jedoch ist sein Eigenthum **beschränkt** durch das Verbot der **Veräußerung** der Fideicommißgüter und durch die **eventuellen** Rechte der **Anwärter**[6]); nach österreichischem Rechte dagegen befindet sich das Fideicommiß im **getheilten** Eigenthume, so daß das **Obereigenthum** allen zur Nachfolge berufenen Familiengliedern (also dem jeweiligen Fideicommißbesitzer und den Anwärtern) das **Nutzungseigenthum** dagegen lediglich dem jedesmaligen Fideicommiß-Inhaber zusteht.

§. 630.

Besondere Rechte der Anwärter.

Das Obereigenthum berechtiget die Fideicommiß-Anwärter, die Hinterlegung der Fideicommiß-Schuldscheine zu Gerichtshanden zu verlangen; eine üble Verwaltung der Fideicommißgüter gerichtlich anzuzeigen; zur Vertretung des Fideicommisses und der Nachkommenschaft einen gemeinschaftlichen Fideicommiß-Curator in Vorschlag zu bringen; überhaupt alle zur Sicherheit der Substanz nöthigen Maßregeln zu treffen.

---

[1]) S. **Scheiblein** (Dr. G. Edl. v.): Beitrag zur Erläuterung des §. 628 des a. b. G. B. (Zeitschr. für österr. Rechtsgel. 1826, II., S. 48).
[2]) Der §. bedient sich des Ausdruckes „Erblasser."
[3]) S. **Scheiblein**, a. a. O. S. 49.
[4]) S. **Scheiblein**, a. a. O. S. 50.
[5]) S. **Gspan**, a. a. O. Bd 2, S. 210.
[6]) S. **Mittermaier**, a. a. O. Bd. 1, §. 158, S. 444 und die dort citirten Schriften.

1. Das allen Anwärtern, mit Einschluß der noch nicht vorhandenen Nachkommen zustehende Recht wird die Anwartschaft genannt. Die einzelnen Befugnisse derselben fließen aus dem Begriffe des Obereigenthums, das ihnen gemeinschaftlich mit dem Fideicommiß=Inhaber zusteht, und sie zielen darauf ab, die Substanz des Fideicommisses ungeschmälert zu erhalten.

2. Wie die Versicherung des Fideicommißvermögens je nach Beschaffenheit desselben zu geschehen habe, ist bereits oben (S. 237 d. W.) angedeutet worden. Sollte nichtsdestoweniger eine widerrechtliche Veräußerung[1]) von Seite des Fideicommiß=Inhabers stattgefunden haben, so stünde den Anwärtern in Folge des ihnen gebührenden Obereigenthums allerdings das Recht zu, die Giltigkeit der gedachten Veräußerung zu bestreiten, und mit der Vindicationsklage auf Rückstellung der unbefugter Weise hintangegebenen Fideicommißgegenstände zu dringen, oder aber, wenn diese Rückstellung nicht mehr erfolgen könnte, gegen den Schuldtragenden mit der Entschädigungsklage aufzutreten, und so dem Fideicommisse Ersatz für die hintangekommenen Bestandtheile zu verschaffen[2]).

3. Den Anwärtern gebührt ferner das Recht der Aufsicht über die Verwaltung des Fideicommißvermögens und der Anzeige an die Fideicommißbehörde, wenn eine üble Gebahrung von Seite des Fideicommiß=Inhabers wahrgenommen wird, damit derselben so schleunig als möglich Einhalt gethan werden könne[3]). Deßhalb hat auch nach §. 253 des Pat. v. 9. August 1854 der Fideicommiß=Curator, wenn ihm bekannt wird, daß Zinsen von Fideicommißschulden, oder auf dem Fideicommisse haftende Steuern durch längere Zeit unbezahlt bleiben, dieses dem Gerichte anzuzeigen. Die Fideicommißbehörde soll in diesem Falle sowohl, als wenn sie auf andere Weise von längeren Zinsen= oder Steuerrückständen Nachricht erhält, den Fideicommißbesitzer zur Bezahlung der Rückstände von Amtswegen anhalten. Gegen Fideicommißbesitzer, welche wiederholten gerichtlichen Anordnungen über die Berichtigung der Fideicommißschulden, der Zinsen= oder Steuerrückstände nicht Folge leisten, ist die Sequestration von Amtswegen zu verhängen, und wo möglich der nächste Anwärter, der nicht von dem Fideicommißbesitzer selbst abstammt, oder der Curator zum Sequester zu bestellen. Auch einem Fideicommißbesitzer, welcher die Substanz eines Fideicommißgutes durch übermäßige Benützung der Waldungen oder auf andere Art durch üble Verwaltung wesentlichen Gefahren oder Nachtheilen aussetzt, kann, wenn dieses durch den Befund der Sachverständigen oder andere in der Proceßordnung gegründete Beweise dargethan wird, die Verwaltung abgenommen und für immer oder auf einige Zeit einem Sequester übertragen werden (§. 254 ebd.).

4. Endlich sind die Anwärter überhaupt befugt, bei allen Amtshandlungen zu interveniren[4]), bei denen es sich um die Erhaltung der Substanz des Fideicommisses handelt. In diesem Sinne verfügt auch der §. 229 des Pat. v. 9. August 1854, daß in allen wichtigeren Fideicommiß=Angelegenheiten außer dem Fideicommiß=Curator auch einige der nächsten Fideicommiß=Anwärter und vorzüglich diejenigen zu Rathe zu ziehen seien, die nicht so weit vom Gerichtsorte entfernt sind, daß ihre Vernehmung großen Zeitverlust verursachen würde. Insbesondere hat der Curator gemeinschaftlich mit den nächsten Anwärtern an allen Processen Theil zu nehmen, die das Stammvermögen des Fideicommisses betreffen.

5. Für jedes Fideicommiß muß ein Curator bestellt werden. Das Gericht hat dabei auf den Vorschlag der Fideicommiß=Anwärter gehörigen Bedacht zu nehmen, und in Rücksicht der persönlichen Eigenschaften des Curators die in dem b. G. B. überhaupt enthaltenen Anordnungen für Vormünder zu beobachten. Es kann auch

---

[1]) Im §. 618 ist das Fideicommiß als ein unveräußerliches Gut der Familie bezeichnet.

[2]) Vgl. Gspan, a. a. O. Bd. 2, S. 232 u. 233. Nach der Ansicht des Verfassers sind diese Rechte dergestalt auszuüben, daß die Anwärter sich an die Fideicommißbehörde wenden, und von ihr verlangen, daß sie den Fideicommiß=Curator anweise, die gedachten Klagen anzustrengen.

[3]) Schätzenswerthe Andeutungen hierüber liefert Gspan, a. a. O. Bd. 2, §§. 408 bis 413 und 429.

[4]) S. Gspan, a. a. O. Bd. 2, §§. 440—445.

einer von den Anwärtern selbst zum Curator ernannt werden. Gläubiger und Schuldner des Fideicommisses sind zu diesem Amte nicht zuzulassen (§. 227 ebd.). Des Curators Pflicht ist, die Rechte der zur Erbfolge in das Fideicommiß berufenen Nachkommenschaft zu vertreten und darüber zu wachen, daß das Stammvermögen des Fideicommisses erhalten und der Zustand desselben nicht verschlimmert werde. Er hat dem Gerichte nicht nur über die Fideicommißgeschäfte abgeforderte Gutachten zu erstatten, sondern auch alle pflichtwidrigen, den Fideicommißerben nachtheiligen Unternehmungen des Fideicommißbesitzers anzuzeigen (§. 228 ebd.).

6. Diejenige Gerichtsbehörde, welche für alle Fideicommiß=Angelegenheiten als competent erscheint, und in den verschiedenen Jurisdictionsnormen näher bezeichnet ist [1]), wird die Fideicommißbehörde genannt. Bei dieser Behörde ist über jedes Fideicommiß von dem bezüglichen Referenten ein eigenes Protokoll zu führen. In demselben sind die Anordnungen des Stifters über die Erbfolge in dem Fideicommisse, die ursprünglichen Bestandtheile desselben und die damit vorgefallenen Veränderungen, die Namen der Fideicommißbesitzer, der Curatoren und der nächsten Anwärter, die Fideicommißschulden, die zur Tilgung derselben festgesetzten Fristen, die wirklich geleisteten Zahlungen und alle Verfügungen des Gerichtes über das Fideicommiß anzumerken. Ueberdieß soll bei dem Gerichte ein in diesem Punkte gleichlautendes Hauptbuch über alle Fideicommisse geführt werden. Jeder Referent hat über die genaue Eintragung der ihm zugetheilten Fideicommißgeschäfte in das Hauptbuch zu wachen (§. 255 des o. a. Pat.). Die Obergerichte und der oberste Gerichtshof haben mit Nachdruck darüber zu wachen, daß die Fideicommißbehörden ihre Pflicht erfüllen, und im Falle einer wahrgenommenen Vernachlässigung oder Uebertretung der bestehenden Vorschriften die den Umständen angemessenen Verfügungen zu treffen (§. 256 ebd.).

§. 631.

Uneingeschränkte Rechte des Inhabers [eines Fideicommisses] und Verbindlichkeiten desselben.

Der Fideicommiß=Inhaber hat alle Rechte und Verbindlichkeiten eines Nutzungseigenthümers. Ihm gehören alle Nutzungen von dem Fideicommißgute und dem Zuwachse, aber nicht die Substanz desselben. Er trägt dagegen auch alle Lasten. Für die ohne sein Verschulden erfolgte Verminderung der Substanz hat er nicht zu haften.

1. Der Fideicommißbesitzer ist, wie schon oben (S. 238 d. W.) angedeutet wurde, wahrer Nutzungseigenthümer, er hat also alle Rechte und Verbindlichkeiten eines solchen. Ihm gehören demnach alle Nutzungen, die ohne Verletzung der Substanz aus dem Fideicommißgute und dem Zuwachse desselben gezogen werden können [2]), und sie werden durch die Absonderung sein vollständiges Eigenthum. Er kann ferner die ihm zustehenden Rechte entweder selbst ausüben, oder (z. B. im Wege der Verpachtung) auf andere übertragen. Dagegen hat er auch, wie jeder andere Nutzungseigenthümer, alle auf dem Fideicommißgute haftenden Lasten zu tragen [3]). Hierunter gehören sowohl die Steuern, Einquartierungen, und andere aus einem Titel des öffentlichen Rechtes hervorgehende Leistungen, als die Zinsen der auf den Fideicommißgütern eingetragenen Hypothekar=Capitalien; ferner solche fortlaufende Zahlungen, welche der Fideicommißstifter selbst für beständig angeordnet hat (§. 250 des Pat. v. 9. August 1854) u. dgl. m.

2. Der Fideicommißinhaber ist aber nicht bloßer Nutzungseigenthümer, sondern es gebührt ihm auch ein Antheil am Obereigenthume (s. ob. S. 238 d. W.). Von einem auf dem Fideicommißgute gefundenen Schatze hat er also (nach §. 399) ein Viertheil anzusprechen; das andere Viertheil fällt dem Obereigenthümer zu, und

[1]) S. §. 89 der J. N. für Oesterreich u. s. w., §. 82 der dalm. J. N. — Auch die Mil. J. N. §§. 9 und 13 wies die Fideicommiß=Angelegenheiten ohne Rücksicht auf die militärische Eigenschaft der betheiligten Personen den Civilgerichts=Behörden zu.

[2]) Sehr ausführlich verbreitet sich über diese Rechte Gspan, a. a. O. §§. 259—285.

[3]) S. Gspan, a. a. O. §§. 286—306.

muß ihm daher ebenfalls zur Benützung zugewiesen werden; weil die Anwärter kraft des ihnen zustehenden Antheiles am Obereigenthume nur berechtigt sind, auf Sicherstellung des Fideicommißgutes zu bringen (§. 630 und I. Bd. S. 488, Anmerk. 3 d. W.), und weil der §. 631 dem Fideicommißbesitzer ausdrücklich das Recht zum Bezuge der Nutzungen auch vom Zuwachse des Fideicommißgutes einräumt. Als ein solcher Zuwachs dürfte auch der Gewinn anzusehen und zu behandeln sein, der auf ein in dem Fideicommißvermögen befindliches Los einer Staats- oder Privat-Lotterie entfällt [1]).

3. Wenn der §. 631 sich dahin ausspricht, daß dem Fideicommiß-Inhaber „die Substanz des Fideicommißgutes nicht gehöre", so will dieß wohl nur so viel bedeuten, daß er nicht willkürlich darüber verfügen könne, sondern daß er durch die Rechte der Anwärter dießfalls beschränkt werde, und daß er für den aus seinem Verschulden entspringenden Schaden zu haften habe (§. 1295). Deßhalb haben wir auch bereits oben (S. 239 d. W.) gesehen, daß einer pflichtwidrigen Gebahrung desselben (z. B. durch Devastation der Waldungen) Einhalt gethan werden könne. Für eine ohne sein Verschulden, also durch Zufall erfolgte Verminderung der Substanz hat er, im Einklange mit dem allgemeinen Grundsatze des §. 1311, nicht zu haften.

4. An den hier entwickelten Verbindlichkeiten wird nichts geändert, wenn der Fideicommißbesitzer sein Nutzungsrecht ganz oder zum Theile einem andern überläßt, da niemand einem dritten mehr Rechte abtreten kann, als er selbst besitzt (§. 442) [2]).

§. 632.

Eingeschränkte Rechte: a) zur Verzichtung und Verpfändung [des Fideicommisses];

Ein Fideicommißbesitzer kann zwar für sich, jedoch keineswegs für die, wenn gleich noch nicht vorhandene Nachkommenschaft auf sein Recht Verzicht thun. Verpfändet er die Früchte des Fideicommisses oder selbst das Fideicommißgut, so gilt die Verpfändung nur für denjenigen Theil der Früchte, welchen er einzusammeln berechtiget ist, nicht aber für das Fideicommißgut oder den Theil der Früchte, welcher dem Nachfolger gebührt.

1. Da auf jedes (Permissiv-)Recht Verzicht geleistet werden kann, so unterliegt es keinem Zweifel, daß dieß auch von einem Fideicommiß-Anwärter in Beziehung auf sein Successionsrecht, und, wie der obenstehende §. ausdrücklich hervorhebt, von dem Fideicommißbesitzer in Beziehung auf den Genuß des Fideicommisses geschehen könne, insofern beide ihre Rechte selbst zu verwalten fähig sind; doch tritt hier eine Ausnahme von dem Grundsatze des §. 551 ein, daß die Verzichtleistung auf das Erbrecht auch auf die Nachkommen des Verzichtenden wirke; denn diese leiten ihr Nachfolgerecht nicht von dem Anwärter oder Besitzer, sondern von dem Stifter des Fideicommisses ab; sie succediren, wie man zu sagen pflegt, ex pacto et providentia majorum. Verzichtet der Fideicommißbesitzer auf sein Recht, so geht das Fideicommiß, wie nach seinem Tode, auf den dazu berufenen Nachfolger über; doch könnte hier allerdings der Fall eintreten, daß dasselbe nach der Hand von diesem wieder herausgegeben werden müßte, wenn nämlich dem Verzichtenden erst in der Folge ein successionsfähiger Nachkomme geboren würde, der, weil die geschehene Verzichtleistung auf ihn keinen Einfluß übt, die Rückstellung des Fideicommisses verlangen kann.

2. Der Fideicommißbesitzer ist ferner berechtigt, die Einkünfte des Fideicommisses, so weit sie ihm gebühren, zu verpfänden, und es kann das darauf eingeräumte Pfandrecht im Wege der Sequestration geltend gemacht werden (vergl. ob. S. 39 d. W.); eine Verpfändung des Stammgutes selbst oder der Früchte

---

[1]) Vgl. Gschan, a. a. O. Bd. 2, §. 270. — Zum Theile anderer Ansicht ist Wildner (s. dessen Fideicommißrecht, S. 186).

[2]) S. Zeiller, Comment. Bd. 2, S. 549.

desselben mit der Wirkung, daß auch der Nachfolger in dem Fideicommisse dießfalls zu haften habe, ist ihm nur unter Beobachtung der in den §§. 635—642 enthaltenen Vorsichten gestattet. Hätte er demnach eine eigenmächtige Verpfändung des Fideicommißgutes vorgenommen, so würde diese jedenfalls nur für die Einkünfte desselben, und auch für diese nur insolange gelten, als das Recht des Pfandgebers auf dieselben nicht erloschen ist (§. 468), d. h. für denjenigen Theil derselben, den er bei seinen Lebzeiten einzusammeln berechtiget war, und die nach seinem Tode zufolge der Anordnung des §. 643 auf seine Allodialerben übergehen.

3. Unter mehreren Pfandgläubigern entscheidet nach allgemeinen Grundsätzen die Priorität der Erwerbung des Pfandrechtes, und es macht dabei keinen Unterschied, ob die Schuld mit oder ohne Beobachtung der Vorschriften des §. 635 contrahirt wurde.

§. 633.

b) zur Verwandlung, Vertauschung oder Erbverpachtung des Fideicommißgutes;

Unter der gleich nachfolgenden Beschränkung kann der Fideicommiß-Inhaber das unbewegliche Fideicommißgut in ein Capital verwandeln; er kann Grundstücke gegen Grundstücke vertauschen, oder gegen angemessene Zinsen vertheilen, oder auch in Erbpacht überlassen.

§. 634.

Zu diesen Veränderungen bedarf er der Genehmhaltung der ordentlichen Gerichtsbehörde. Diese muß alle bekannten Anwärter, oder wenn sie minderjährig oder abwesend sind, ihre Curatoren, dann den Curator des Fideicommisses und der Nachkommenschaft vernehmen; die Wichtigkeit der Gründe beurtheilen, und insbesondere bei Bewilligung der Zerstückung der Grundstücke dafür sorgen, daß das in den politischen Verordnungen vorgeschriebene Maß befolgt werde. Das dabei bedungene Entgelt wird als Fideicommiß-Capital angelegt.

1. Nach dem Geiste des Fideicommiß-Institutes kömmt es häufig nicht so sehr darauf an, daß eine bestimmte Sache für die künftigen Geschlechtsfolger aufbewahrt, als daß ihnen ein angemessenes Vermögen erhalten werde, um daraus ihren standesmäßigen Unterhalt zu bestreiten. Das Gesetz hat deßhalb die Vertauschung oder Verwandlung des Fideicommißgutes nicht geradezu untersagt, sondern nur an gewisse Vorsichten gebunden, damit nicht Willkür und Eigennutz des Besitzers etwa das Interesse der Nachkommenschaft gefährden könne. Immerhin ist es sogar möglich, daß Fälle eintreten, in denen eine Umgestaltung des Fideicommisses erfolgen muß, indem sie durch äußere Umstände dergestalt herbeigeführt wird, daß sie durchaus nicht von der Beistimmung der Parteien und der Genehmigung der Fideicommißbehörde abhängt [1]); die vorstehenden §§. sprechen aber von den freiwilligen Umgestaltungen, die aus manchen Rücksichten als vortheilhaft erscheinen können, aber doch nicht selten den gegründetsten Bedenken unterliegen.

2. Die Arten der Umgestaltung sind verschieden und zwar:

a) kann ein unbewegliches Fideicommißgut in ein Capital verwandelt werden; die Fideicommiß-Realitäten sind in diesem Falle nach §. 637 durch öffentliche Versteigerung hintanzugeben, die eingelösten Beträge aber auf die oben (S. 237 d. W.) angegebene Weise zu versichern.

b) Es können ferner Grundstücke gegen einander vertauscht, wohl auch das Fideicommißband von einem Landgute auf ein Haus, oder umgekehrt übertragen werden; die Werthbestimmung hat hier (ebenfalls nach §. 637) durch gerichtliche Schätzung zu erfolgen.

c) Eben so ist es gestattet, einzelne Grundstücke gegen Erbzins oder in

---

[1]) Vgl. Gspan, a. a. O. §. 123, Bd. 1, S. 116. — Dieß ist vorzüglich der Fall, wenn das Fideicommißgut von einem Gläubiger, welcher Pfandrechte darauf erworben hatte, bevor es mit dem Fideicommißbande belegt wurde, in Execution gezogen wird (§§. 124—137 ebd.), und wenn dasselbe in Folge der Ausübung des Expropriationsrechtes (§. 365 des b. G. B.) von Seite des Staates zum allgemeinen Besten abgetreten werden muß (Gspan, a. a. O. §. 138).

Erbpacht zu überlassen (§§. 1122 und 1123), wobei jedoch früher, wie bei andern Privatgütern, das in den politischen Verordnungen für die Zerstückung der Gründe vorgeschriebene Maß beobachtet werden mußte.

d) Die Verwandlung eines Geld-Fideicommisses in ein Real-Fideicommiß dürfte ohne Genehmigung des Landesfürsten nicht als zulässig erscheinen; denn die gesetzlich gestatteten Verwandlungsarten sind als Ausnahmen von der Regel zu betrachten, daß ein Fideicommiß in der Weise fortzubestehen habe, wie es allerhöchsten Orts genehmigt worden ist; unter diesen Ausnahmen ist aber die in Frage stehende Art der Verwandlung nicht enthalten; und in der That kann es auch nicht der Willkür der Privaten anheimgestellt werden, unbewegliche Güter mit dem Bande der Unveräußerlichkeit zu belasten [1]).

3. Die Umgestaltung des Fideicommisses kann nach dem deutlichen Wortlaute des §. 633 nur von dem Fideicommiß-Inhaber angesucht, wider dessen Willen also nicht vorgenommen werden, und ein darauf bezügliches Einschreiten der Anwärter oder des Fideicommiß-Curators wäre also lediglich hintanzuweisen. Dagegen ist auch anderseits der Wille des Fideicommißbesitzers allein nicht hinreichend, eine solche Umgestaltung zu effectuiren, sondern es bedarf hierzu der Genehmhaltung der ordentlichen Gerichts- (der Fideicommiß-) Behörde. Diese hat vorerst alle bekannten Anwärter oder deren gesetzliche Vertreter und den Fideicommiß- und Posteritäts-Curator zu vernehmen, sohin aber, ohne an deren Zustimmung oder Weigerung gebunden zu sein, nach ihrem besten Wissen bloß mit Rücksicht auf das Wohl des Fideicommisses zu entscheiden [2]). Eine Edictal-Citation der etwa vorhandenen unbekannten Anwärter ist nicht vorgeschrieben. Daß gegen den dießfälligen Anspruch der Fideicommißbehörde der Recurs an die höheren Instanzen offen stehe, unterliegt keinem Zweifel.

4. Ein eigenthümliches Verhältniß ist durch die in Folge der Aufhebung des Unterthansverhältnisses mittelst des Pat. v. 7. September 1848 herbeigeführte Grundentlastung erzeugt worden [3]). Die bis zum Erscheinen jenes Patentes bestandenen landesverfassungsmäßigen Urbarial-, Arbeits- und anderen Leistungen bildeten einen integrirenden Bestandtheil, ein untrennbares Zugehör der ehemaligen Dominien. Das Gesetz, wodurch diese Leistungen aufgehoben wurden, gewährte jedoch zugleich den Dominien für diesen Verlust eine Entschädigung, und diese wurde durch die Zuweisung der Grundentlastungscapitalien zu leisten beabsichtigt. Diese Capitalien sind daher kein Zuwachs für die landtäflichen Dominicalgüter, sondern nur als ein Ersatz für die mit diesen Gütern verbunden gewesenen Naturalarbeitsbezüge als Surrogat dieser letzteren zu betrachten. Durch die Aufhebung dieser Naturalleistungen wurde offenbar auch die Nothwendigkeit einer neuen Art der Bewirthschaftung der Domänen herbeigeführt. Die zur Bewirthschaftung früher bestandenen Bespannungen und Geräthe reichten bei dem eingetretenen Abgange der unterthänigen Arbeitsleistungen nicht mehr zu. Es war daher die Vermehrung der Bespannung und der Geräthe, und die Herstellung neuer Bauten zur Unterbringung des größeren Viehstandes und der größeren Zahl von Geräthen nothwendig. Daß nun das Gesetz insbesondere die Absicht hatte, die Domänenbesitzer durch Zuweisung

---

[1]) S. Gspan, a. a. O. §. 114, Bd. 1, S. 110.

[2]) Wildner behauptet in seinem Fideicommißrechte (S. 144), daß die Fideicommißbehörde in der Regel gegen den Willen der Anwärter eine Umgestaltung des Fideicommisses nicht bewilligen könne; allein mit Recht bemerkt hiergegen Gspan (a. a. O. §. 117, Bd. 1, S. 111 und §§. 433—439, Bd. 2, S. 234), daß das Gesetz nur von einer Vernehmung, nicht wie im §. 644 von der Einwilligung der Anwärter spricht, und daß es, wenn diese Zustimmung erforderlich sein sollte, gewiß nicht von der betreffenden Vorschrift des Hfd. v. 16. Februar 1792 abgewichen wäre.

[3]) S. die Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 20. Mai 1857, Z. 3068, in Haimerl's Mag. Bd. 16, S. 55, und in Glaser's und Unger's Sammlg. Nr. 357. Dieselben Principien liegen der Entscheidung eines, in Nr. 114 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1857 mitgetheilten Rechtsfalles zum Grunde. Nach einem Justiz-Ministerial-Erlasse vom 25. März 1855, Z. 1783 (Hye's Sammlg. Bd. 20, Nr. 2458), darf die Verwendung der für ein Fideicommiß ermittelten Grundentlastungs-Capitalien zur Erwerbung von Grundstücken für das Fideicommiß von Seite der Fideicommißbehörde nur mit besonderer Bewilligung Sr. Majestät des Kaisers stattfinden. S. hierüber den in Nr. 3 und 4 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1856 enthaltenen Aufsatz.

der Grundentlastungscapitalien aus national-öconomischen Rücksichten in den Stand zu setzen, den größeren fundus instructus beischaffen zu können, geht schon aus der Natur der Sache, besonders aber auch aus dem Umstande hervor, daß von Seite der Regierung mehreren Gutsbesitzern Vorschüsse auf die ihnen zukommenden Entlastungscapitalien zugesichert und gegeben worden sind. Die durch das Pat. v. 7. September 1848 unerläßlich nothwendig gewordene Vermehrung des fundus instructus ist nur ein theilweiser Naturalersatz der aufgehobenen früheren Arbeitsleistungen, und die Grundentlastungscapitalien bilden das Mittel zur Beschaffung dieses theilweisen Naturalersatzes, sowie nach dem Gesetze die Brandschadenvergütungsbeträge bloß zum Wiederaufbaue der abgebrannten Gebäude bestimmt sind. Diese Eigenschaft behalten die Entlastungscapitalien auch bei den Fideicommiß-Domänen, weil bei diesen dieselben Verhältnisse, wie bei Allod-Domänen eintreten, und weil kein Gesetz eine bestimmte Ausnahme hinsichtlich der Fideicommisse macht. Das kaiserl. Patent v. 11. April 1851, Nr. 84 des R. G. Bl., erklärt vielmehr im §. 62 ausdrücklich, daß bei Fideicommißgütern das Entlastungscapital als Fideicommiß-Surrogat-Capital für die abgetrennten und im öffentlichen Buche abzuschreibenden Bezugsrechte des Gutes zu behandeln sei. In dieser Gesetzesstelle liegt also keineswegs die Anordnung, daß diese Capitalien unberührt liegen bleiben und als ein neues Geldfideicommiß behandelt werden sollen, sondern diese Capitalien werden als Surrogate für die abgenommenen Bezugsrechte, daher auch für die abgenommenen Naturalarbeitskräfte, somit als ein Theil des Realfideicommisses erklärt. Daraus folgt, daß diese Capitalien auch die Bestimmung haben, die verlorenen Arbeits-, beziehungsweise Wirthschaftsbetriebskräfte zu ersetzen, daher auch zunächst zur Beischaffung des die verlornen Arbeitskräfte surrogirenden fundus instructus verwendet zu werden. Der §. 634 a. b. G. B. bestimmt zwar, daß das beim Eintritte der im im §. 633 ebd. bezeichneten Fälle allenfalls bedungene Entgelt als Fideicommißcapital anzulegen sei. Allein durch das Pat. v. 7. September 1848 ist der ganz besondere, im bürgerlichen Gesetzbuche gar nicht vorausgedachte Umstand herbeigeführt worden, daß der Werth des Fideicommisses durch die wider den Willen des Fideicommißbesitzers und der Anwärter gesetzlich erfolgte Entziehung der landesverfassungsmäßigen Naturalarbeit vermindert, die Verminderung aber wieder vom Gesetze selbst durch das Entlastungs- als Surrogatcapital ersetzt wird. Die Erhaltung des Fideicommisses, d. i. die Erhaltung seines Werthes wird also wohl durch das Entlastungscapital möglich gemacht. Der bloße Genuß der Zinsen von diesem Capitale setzt aber den Fideicommißbesitzer noch keineswegs in die Lage, das Fideicommißgut durch eine ordentliche entsprechende Bewirthschaftung so benützen zu können, wie er es vor der Entziehung der Naturalarbeitskräfte zu benützen im Stande war. Zu einer verpachtungsweisen Benützung kann er, da er nach §. 631 a. b. G. B. nicht ein bloßer Nutznießer, sondern Nutzungseigenthümer ist, nicht verhalten werden. In seiner Eigenschaft als Nutzungseigenthümer steht ihm die Benützungsart durchaus frei, und er hat den rechtlichen Anspruch auf die Führung der eigenen Bewirthschaftung. Zu diesem Ende stand ihm auch die Benützung der früheren landesverfassungsmäßigen Arbeitskräfte zu. Da nun die Entlastungscapitalien als ein Surrogat dieser Arbeitskräfte gesetzlich erklärt werden, so ergibt sich auch, daß der Fideicommißbesitzer berechtigt sei, diese Capitalien zu ihrer eigentlichen Bestimmung, nämlich der Beischaffung des Natural-Surrogates der verlornen Arbeitskräfte, d. i. des durch den Abgang der letzteren nothwendig gewordenen fundus instructus zu verwenden. Es finden daher die §§. 633 und 634 a. b. G. B. auf den durch das Pat. v. 7. September 1848 herbeigeführten Fall keine und zwar selbst nicht eine analoge Anwendung. Wenn auch der Fideicommißbesitzer den fundus instructus dem durch die Aufhebung der vorigen Arbeitsleistungen entstandenen Bewirthschaftungsbedürfnisse angemessen vermehrt, so hat er doch diesen Aufwand nicht zur Erhaltung oder Verbesserung des Fideicommisses gemacht, sondern er hat dadurch nur das dem Fidei-

commisse durch das Gesetz entzogene Zugehör auf eine andere Weise ersetzt. Es tritt daher in diesem Falle auch nicht die Anordnung des §. 641 a. b. G. B. ein, und der Fideicommißbesitzer kann nicht verhalten werden, den Ersatz des gemachten Aufwandes erst von seinem Nachfolger zu begehren, bis dahin aber die Kosten der Ergänzung der Substanz des Fideicommisses aus eigenem zu tragen, weil er eines Theiles nach §. 631 a. b. G. B. für die ohne sein Verschulden erfolgte Verminderung der Substanz nicht zu haften hat, und weil andererseits das Mittel zur Verwirklichung des Ersatzes des verlorenen Theiles der Substanz in den Grundentlastungscapitalien schon vorhanden ist, und kein Gesetz die Unanwendbarkeit dieser Capitalien zu ihrem eigentlichen nächsten Zwecke, nämlich zur Surrogirung der verlorenen Nationalarbeitskräfte ausspricht, indem selbst der §. 62 des kais. Pat. v. 11. April 1851 keineswegs erklärt, daß diese Capitalien ein besonderes Geldfideicommiß bilden sollen. Wird der bei einem Fideicommisse früher bestandene fundus instructus so vermehrt, daß mit Verwendung desselben die Bewirthschaftung ebenso wie vorher durch die Verwendung der bestandenen Naturalarbeitskräfte betrieben werden kann, so ist dieser durch das Gesetz verloren gegangene Theil der Substanz ergänzt — das Fideicommiß befindet sich rücksichtlich seines Werthes und seines Erträgnisses in dieser Hinsicht in seinem alten Stande. Die Fideicommißnachfolger erleiden daher an ihrem Nutzungseigenthum und die Fideicommißgläubiger, welchen ohnehin kein Recht auf die Substanz, sondern nur auf die Früchte zusteht, an ihrem Pfandrechte keinen Abbruch, weil der fundus instructus ein bleibendes Zugehör des Gutes selbst, der zu dessen Beischaffung verwendete Theil des Grundentlastungscapitals aber darin enthalten ist. Eine Einvernehmung und ein Einverständniß der Tabulargläubiger ist nicht nothwendig, weil schon der §. 62 des kais. Pat. v. 11. April 1851 eine solche Einvernehmung nicht für stattfindend erklärt, dann weil die Gläubiger kein Pfandrecht auf die Substanz haben, das ihnen auf die Früchte zustehende Pfandrecht aber durch die Umänderung des Entlastungscapitals in den das frühere Gutserträgniß wieder ausgleichenden fundus instructus nicht alterirt wird, sie auch nicht fordern können, daß ihnen ein doppeltes Pfandrecht, nämlich auf das wiederhergestellte Gutserträgniß und auf die Zinsen des Entlastungscapitals gewährt werde, weil endlich auch das Gesetz in einem analogen Falle, nämlich bei Verwendung der Brandschadenvergütungsbeträge zur Wiederherstellung der zur Hypothek dienenden abgebrannten Gebäude keine Einvernehmung der Gläubiger anordnet, wo doch in diesem Falle ihre Hypothekarrechte sich auf die Substanz und nicht bloß auf die Früchte erstrecken. — Nur ist von Seite der Fideicommißbehörden dafür zu sorgen, daß der bloß wegen der gesetzlich erfolgten Entziehung der Naturalarbeitskräfte vermehrte fundus instructus, für welchen der durch Sachverständige zu ermittelnde Ersatz aus den Entlastungscapitalien bewilligt werden soll, mit dem Fideicommisse in dauernde Verbindung gebracht und in das Fideicommißinventar als bleibendes Zugehör einbezogen werde.

§. 635.

c) Verschuldung [des Fideicommisses].

Der Fideicommiß-Inhaber kann ein Drittheil des Fideicommißgutes verschulden; oder wenn es in Capitalien besteht, ein Drittheil davon erheben. Hierzu bedarf es keiner Einwilligung der Anwärter oder Curatoren, sondern nur der Genehmigung der ordentlichen Gerichtsbehörde.

1. Mannigfaltige Ursachen, wie: Elementar-Ereignisse, andere Unglücksfälle, oder das Streben, wichtige Verbesserungen in der Bewirthschaftung des Fideicommißgutes anzubringen u. dgl. m., können es wünschenswerth machen, solche Schulden auf dasselbe zu contrahiren, welche auch der Nachfolger im Fideicommisse zu übernehmen verpflichtet wird, bei denen sich daher die durch die Verpfändung des Fideicommißgutes gewährte Sicherheit nicht bloß auf die Lebensdauer des Fideicommiß-

Inhabers (s. o. S. 242 d. W.) beschränkt. Das österreichische Gesetzbuch hat dieß unter gewissen Vorsichten gestattet, jedoch (im §. 642) die Bestimmung getroffen, daß die Bezahlung auch solcher Schulden niemals aus dem Stammgute, sondern immer nur aus den Einkünften desselben verlangt werden könne[1]).

2. Die Onerirung eines Fideicommisses kann nur von dem Fideicommißbesitzer, nicht auch von dessen Gläubigern angesucht werden (§. 233 des Pat. v. 9. August 1854), und ebensowenig ist der Fideicommiß-Curator hierzu berechtigt[2]). Der Fideicommiß-Inhaber bedarf zu einer solchen Verschuldung (natürlich vorausgesetzt, daß die vom Gesetze dießfalls angeordneten Vorsichten beobachtet werden) keiner Einwilligung der Anwärter oder Curatoren, wohl aber der Genehmigung der ordentlichen Gerichts- (Fideicommiß-) Behörde. Stirbt der Fideicommißbesitzer, ohne von der ihm gerichtlich ertheilten Bewilligung zur Verschuldung des Fideicommisses Gebrauch gemacht, mithin ohne die Schuldurkunde über das empfangene Darleihen in gehöriger Form mit Verpfändung des Fideicommisses bereits ausgestellt, oder die Fideicommiß-Capitalien in dem Depositenamte wirklich behoben zu haben (s. S. 247 d. W.), so ist die Bewilligung zur Onerirung als erloschen anzusehen, und das dem verstorbenen Fideicommißbesitzer eingeräumte Recht geht weder auf seine Allodialerben, noch auf den Fideicommißnachfolger über (§. 234 des Pat. v. 9. August 1854).

3. Hierbei ergibt sich nun zuvörderst die Frage, ob der Fideicommißbesitzer verpflichtet sei, in seinem Ansuchen um die oberwähnte gerichtliche Genehmigung die Gründe anzugeben, welche die Nothwendigkeit der angesuchten Verschuldung darzuthun im Stande sind, und ob die Fideicommißbehörde für den Fall, als sie dieselben nicht hinreichend fände, den Onerirungs-Consens verweigern könne[3])? Uns scheint die bejahende Beantwortung dieser Frage die richtige zu sein, da der Ausdruck „Genehmigung", dessen sich der §. bedient, sowohl nach dem gemeinen, als nach dem gesetzlichen Sprachgebrauche (§§. 174, 210, 216, 220, 232, 233, 235, 244, 634, 640, 1219, 1224 u. 1245) offenbar nur eine Bewilligung nach vorausgegangener Untersuchung der Gründe bedeutet, welch' letzterer in den §§. 232 und 634 noch insbesondere Erwähnung geschieht. Hierzu kömmt noch, daß die Belastungsbefugniß ohnehin der Natur des Fideicommiß-Institutes widerstrebt, daß sie daher nicht gegen den Geist des Gesetzes über die Gebühr ausgedehnt werden darf, daß ferner §. 641 ausdrücklich einen Berechtigungsgrund zur Belastung des Fideicommisses angibt, demnach wohl deutlich erkennen läßt, daß das Gesetz dem Fideicommißbesitzer nicht gestatten wollte, ohne allen Grund sein Fideicommiß einzuschulden, daß endlich auch der §. 638 nur aus erheblichen Gründen eine wiederholte Onerirung des Fideicommisses während des Laufes einer zu leistenden Depurirung für frühere Schulden als zulässig erklärt[4]).

4. Die Forderung, für welche das Fideicommiß belastet werden soll, muß ihrem Betrage nach bestimmt sein, wie theils aus der Nothwendigkeit der Festsetzung bestimmter Rückzahlungsraten (s. unten bei §. 638), theils aus §. 241 d. Pat. v. 9. August 1854 erhellet, welcher verfügt, daß der Bescheid, wodurch die Verpfändung des Fideicommisses bewilliget wird, den Betrag der Schulden in bestimmten

---

[1]) Mit Unrecht werden daher solche Schulden mit dem Namen der ad corpus intabulirten bezeichnet, da die Substanz des Fideicommisses doch auch wegen derselben niemals angegriffen werden kann. Sie heißen richtiger „Fideicommißschulden" (vgl. §. 638).

[2]) S. Gspan, a. a. O. §. 191, Bd. 1, S. 21.

[3]) Die Frage wird verneint von Gärtner (Conrad Freih. v.) in seinem Aufsatze: Ueber Fideicommißschulden in Pratobevera's Mat. Bd. 2, S. 199, Wildner (in seinem Fideicommißrechte S. 211), Gspan (a. a. O. §§. 232—235, Bd. 1, S. 61 u. ff.) und Schuster (Ign.,) in dem Aufsatze: Noch einige Worte über die Bedeutung des Ausdruckes „Genehmigung" im §. 635 b. G. B. die Onerirung des Fideicommiß-Drittheils betreffend, im Jurist., Bd. 13, S. 103; dagegen bejaht von Zeiller (Comment. Bd. 2 S. 558), Nippel (Erläut. Bd. 4, S. 234) und Violand (F. Ritter v.) in den Gegenbemerkungen zu Schuster's Aufsatz, im Jurist, Bd. 14, S. 230. — Prochaska führt in seinem Handwörterbuche des adeligen Richteramtes (Wien, 1820) S. 188 eine a. h. Entschl. v. J. 1813, Z. 4139, an, nach welcher der Fideicommißbesitzer standhafte Gründe zur Einschuldung des Fideicommisses anführen müßte; — allein diese Vorschrift ist in keiner Gesetzsammlung enthalten.

[4]) Vgl. Violand, a. a. O.

Summen angeben müsse. Dagegen ist es gleichgiltig, ob die Forderung eine bedingte oder unbedingte ist, ob sie schon besteht oder erst künftig zur Existenz gelangen soll (wie: Unterhaltsgelder, Witthum u. dgl., deren der §. 250 des Pat. v. 9. August 1854 ausdrücklich erwähnt) [1].

5. Die Art der Verschuldung ist eine verschiedene, je nachdem es sich um ein Real- oder um ein Geld-Fideicommiß handelt. Bei dem ersteren muß die über das empfangene Darleihen in gehöriger Form ausgestellte Schuldurkunde in die öffentlichen Bücher eingetragen werden. Diese Einverleibung kann, wenn die Bewilligung zur Onerirung dem Besitzer des Fideicommisses von dem Gerichte bereits ertheilt ist, nach §. 233 des Pat. v. 9. August 1854 auch durch den Gläubiger selbst erwirkt werden. Das dießfällige Gesuch ist (nach §. 246 ebd.) immer bei der Fideicommiß-Instanz zu überreichen, und von dieser, wenn ihr über das Gut die Führung des Grundbuches nicht zusteht, an die Landtafel- oder Grundbuchsbehörde zu befördern. — Die Bewilligung zur Verpfändung des Fideicommisses kann übrigens nie für sich allein in die öffentlichen Bücher eingetragen, sondern nur in Rücksicht einer bestimmten Forderung und mit dem Schuldscheine zugleich einverleibt werden (§. 245 ebd.). Besteht das Fideicommiß in Capitalien, so findet die Erhebung eines entsprechenden Betrages statt; es sind in diesem Falle die bezüglichen Schuldbocumente oder Obligationen dem Fideicommißbesitzer aus dem Depositenamte zu erfolgen (vgl. §. 234 des Pat. v. 9. August 1854), und dieser hat dann selbst die erforderliche Realisirung vorzunehmen. Wären die Fideicommiß-Capitalien aber nicht aufkündbar, oder beständen die Fideicommiß-Obligationen in solchen, welche der Serialverlosung unterliegen [2], so müßte auch die Onerirung des Geldfideicommisses im Wege der ordentlichen Verpfändung erfolgen, welche hier bei anliegenden Privat-Capitalien durch Super-Intabulation, bei öffentlichen Creditspapieren durch Anmerkung auf denselben und Eintragung in die Depositenbücher zu geschehen hätte [3].

6. Der Bescheid, wodurch die Onerirung des Fideicommisses bewilliget wird, ist nach §. 241 des Pat. v. 9. August 1854 dem Curator und den nächsten Anwärtern auch dann zuzustellen, wenn sie über das Gesuch des Fideicommißbesitzers nicht vernommen worden sind, und der Fideicommißbesitzer kann (nach §. 244 ebd.) von der Bewilligung der Verpfändung des Fideicommisses keinen Gebrauch mehr machen, wenn nach der Zeit, wo er sie angesucht hat, eine neue Schuld auf das Fideicommiß oder die Früchte desselben versichert worden ist. In diesem Falle ist die gerichtliche Genehmigung zur Bestellung einer Hypothek auf das Fideicommiß neuerlich anzusuchen.

7. Damit die dem Fideicommißbesitzer ertheilte Befugniß der Einschuldung des Fideicommisses den Nachfolgern in demselben nicht zu abträglich sei, ist in dem Gesetze die Bestimmung getroffen, daß die Onerirung des Fideicommißgutes nur bis zu einem Drittheile stattfinden könne. Eine höhere Belastung scheint bei dem klaren Wortlaute des Gesetzes durchaus unzulässig zu sein [4].

Der §. 3 des Gesetzes v. 13. Juni 1868, Nr. 61 des R. G. Bl., ordnet an: Die Verschuldung eines Fideicommisses in größerem als dem durch die §§. 635—637 zugelassenen Maße kann nur dann bewilligt werden, wenn sie zur Erhaltung des Fideicommiß-Gutes unabweislich nothwendig ist. Die Ertheilung dieser Bewilligung steht nach Einvernehmung der Fideicommißcuratoren und aller bekannten Anwärter dem obersten Gerichts- und Cassationshofe zu.

---

[1]) Gspan, a. a. O. §§. 203—205, Bd. 2, S. 30. — In dem Pat. v. 3. April 1787, Nr. 659 der J. G. S., §. 4 war diese Gestattung ausdrücklich enthalten, und die Bestimmung getroffen, daß derlei Bezüge zu fünf vom Hundert zum Capital anzuschlagen seien, was wohl auch jetzt, zufolge der Analogie aus §. 240 des Pat. v. 9. Aug. 1854, geschehen muß.

[2]) Hfd. v. 11. Juni 1819, Nr. 1570 der J. G. S.

[3]) S. Gspan, a. a. O. §§. 257 und 258, Bd. 2, S. 83. — Auch wenn das Fideicommiß-Capital in zur Serialvorlesung bestimmten Obligationen besteht, kann der Fideicommiß-Inhaber ein Drittel davon verpfänden und dem Gläubiger das Recht einräumen, sich aus den Zinsen des ganzen Capitals zahlhaft zu machen (Hfd. vom 23. April 1789, Nr. 1006 der J. G. S.).

[4]) S. Gärtner, a. a. O.

§. 636.

Bestimmungen des zu verschuldenden [Fideicommiß-] Drittheiles;

In dieses Drittheil sind alle, unter was immer für einem Namen auf dem Fideicommißgute haftende Lasten dergestalt einzurechnen, daß zwei Drittheile ganz frei bleiben.

§. 637.

Bestimmung des Werthes des Fideicommißgutes.

Der Werth eines Fideicommißgutes, wenn es vertauscht oder verschuldet werden soll, wird durch gerichtliche Schätzung; wenn es aber zu Geld gemacht werden soll, durch öffentliche Versteigerung bestimmt.

1. Um das Drittheil des Fideicommißgutes, welches nach §. 635 allein der Verschuldung unterliegt, gehörig zu ermitteln, ist es vor allem nothwendig, daß der Werth des Fideicommisses auf möglichst zuverlässige Weise erhoben werde. Das Gesetz ordnet zu diesem Behufe (im §. 637) eine eigens zu diesem Zwecke vorgenommene gerichtliche Schätzung an. Jedoch bleibt es nach §. 237 des Pat. v. 9. August 1854 dem Ermessen des Richters nach Vernehmung des Fideicommiß-Curators und der nächsten Anwärter überlassen, eine bei Einverleibung älterer Fideicommißschulden bereits vorschriftsmäßig aufgenommene Schätzung der Bewilligung zur weiteren Verschuldung des Fideicommisses zum Grunde zu legen.

2. Bei der in Frage stehenden Schätzung sind nach §. 238 ebd. die Sachverständigen von dem Fideicommißbesitzer, dann von dem Curator und den nächsten Anwärtern in Vorschlag zu bringen und von dem Gerichte nach den für Streitsachen ertheilten Vorschriften zu benennen. Dem Fideicommißbesitzer, dem Curator und den Anwärtern steht frei, bei der Schätzung zu erscheinen, und alles, was zur richtigen Beurtheilung des Werthes des Fideicommisses dienen kann, zu bemerken. Zu diesem Ende muß ihnen die Zeit, zu welcher die Schätzung vorgenommen werden wird, von dem Gerichte bekannt gemacht werden. Liegen unbewegliche Güter unter der Real-Gerichtsbarkeit einer anderen Behörde, so ist das Schätzungsgesuch bei der Fideicommiß-Instanz zu überreichen, von dieser an die Real-Instanz zu befördern, und der letzteren über Namen und Wohnort des Curators und der nächsten Anwärter Auskunft zu ertheilen.

3. Bei den Geld-Fideicommissen bedarf es in der Regel keiner Schätzung, da (wie schon o. S. 247 d. W. angegeben wurde) die Onerirung bei denselben durch Erhebung des bestimmten Betrages geschieht. Sollte ausnahmsweise bloß eine Verpfändung Platz greifen, so würde bei Privat-Capitalien nach der Analogie des Hfd. v. 27. October 1797, Nr. 385 der J. G. S., auch keine Schätzung vorzunehmen, sondern der Betrag, auf den die bezüglichen Schuldbriefe ausgestellt sind, als Grundlage anzunehmen sein. Bei öffentlichen Obligationen müßte aber nach der Analogie des Hfkzld. v. 23. Februar 1844, Nr. 778 d. J. G. S., derjenige Werth, der aus dem Courszettel der Wiener Börse, und in Ermanglung desselben aus dem Zeitungsblatte der Provinzial-Hauptstadt, erhoben werden kann, zum Maßstabe dienen.

4. Ist der Werth des Fideicommißgutes gehörig festgestellt, so kömmt es weiter darauf an, das onerirungsfähige Drittheil davon dergestalt zu berechnen, daß zwei Drittheile des Fideicommisses ganz frei bleiben (§. 636). Es sind daher in das erste Drittheil alle unter was immer für einem Namen auf dem Fideicommißgute haftenden Lasten einzurechnen, so daß nur der nach Abzug derselben noch übrig bleibende Betrag die belastungsfähige Summe bildet.

5. Unter die in das Fideicommiß-Drittheil einzurechnenden Lasten gehören nun:

a) Alle Schulden, welche von dem Fideicommißstifter selbst herrühren, mit Einschluß der von demselben etwa angeordneten und auf dem Fideicommisse haftenden Stiftungen oder anderen Vermächtnisse; wobei die lebenslänglichen Pensionen und die auf ungewisse Zeit, oder für beständig angeordneten fortlaufenden Zah-

lungen zu fünf von Hundert zu Capital angeschlagen werden müssen (§. 240 des Pat. v. 9. August 1854) [1]).

b) Die von dem gegenwärtigen Besitzer selbst oder von seinen Vorfahren herrührenden, auf dem Fideicommißgute haftenden Schulden, unter gleichmäßiger Capitalisirung der etwa zu entrichtenden jährlichen Leistungen (§. 240 ebd.).

c) Die dreijährigen Rückstände an l. f. Steuern, wenn solche wirklich vorhanden sind, da sie ein gesetzliches Pfandrecht, und zwar vor allen Gläubigern genießen [2]).

d) Die Grundentlastungs-Capitalien, denen ein gleiches Vorrecht eingeräumt ist (S. 14 d. W.).

e) Endlich die Octava, soweit sie übrigens noch aushaftet (s. 14 ebd.) [3]).

Dagegen sind nach dem ausdrücklichen Wortlaute des §. 243 des Pat. v. 9. August 1854 die nur für die Lebenszeit des Besitzers auf die Früchte des Fideicommißgutes versicherten Schulden bei Berechnung des Fideicommiß-Drittheils nicht in Anschlag zu bringen. Wenn jedoch diese Schulden der Verzinsung und vorgeschriebenen allmäligen Rückzahlung (s. unten) der Fideicommißschuld hinderlich sein würden, so hat eine Verpfändung des Fideicommisses nur insofern statt, als für die vorschriftmäßigen Rückzahlungen an der Fideicommißschuld, und die Berichtigung der Zinsen Sicherheit geleistet wird [4]).

6. Die Berechnung des Fideicommiß-Drittheils, welche nach §. 235 des Pat. v. 9. August 1854 dem Gesuche um die gerichtliche Bewilligung zur Verpfändung des Fideicommisses beizulegen kömmt, muß klar zeigen, wie viel die auf dem Fideicommisse haftenden Schulden zusammengenommen betragen, und wie viel nach Abzug dieser Summe an dem dritten Theile des Fideicommißwerthes noch unbelastet ist. Jede Schuld wird hierbei in dem Betrage angesetzt, in welchem sie zur Zeit des Onerirungsgesuches berichtiget werden könnte. Ist also eine Zahlung in Staatsschuldverschreibungen oder in einer andern Währung zu leisten, als in welcher die Schätzung des Gutes aufgenommen ist, so ist die Schuld nach dem letzten Börsecourse zu berechnen (§. 240 ebd.). Besteht das Fideicommiß aus mehreren Gütern oder Capitalien (wohl auch aus den einen und den andern), so ist das Fideicommiß-Drittheil (nach §. 236 ebd.) von jedem Gute oder Capitale abgesondert zu berechnen. Ueber die von dem Fideicommißbesitzer vorgelegte Berechnung des Fideicommiß-Drittheiles und der Schulden kann das Gericht nach Gutbefinden den Curator und die nächsten Anwärter einvernehmen (§. 239 ebd.).

§. 638.

Art der Rückzahlung [der Fideicommißschulden].

Die Rückzahlungen einer Fideicommißschuld sind so zu bestimmen, daß jährlich fünf vom Hundert an der Schuld getilgt werden. Nur aus erheblichen Ursachen ist eine Verlängerung der Frist zu gestatten.

1. Indem das Gesetz dem Fideicommißbesitzer die Contrahirung von Fideicommißschulden gestattete, mußte es doch anderseits dafür sorgen, daß daß Fideicommißgut nach und nach wieder von diesen Schulden gereiniget (depurirt), und keine zu große Last auf den Nachfolger übertragen werde. Dieß geschieht durch die in dem vorstehenden §. enthaltene Anordnung, vermöge welcher jährlich fünf

---

[1]) Durch die Vorschrift des gedachten Gesetzes ist wohl der Streit entschieden, der früher darüber herrschte, ob die von dem Fideicommißstifter herrührenden Schulden in das Drittheil einzurechnen, oder vor Berechnung des Drittheils von dem ganzen Schätzungswerthe abzuschlagen seien (vgl. Gspan, a. a. O. Bd. 2, §. 221, S. 48).

[2]) Vgl. S. 11 d. W. und Gspan, a. a. O. Bd. 2, §. 230, S. 59.

[3]) S. Gspan, a. a. O. §. 231, Bd. 2, S. 60.

[4]) Auch die dreijährigen Interessen-Rückstände von den auf das Fideicommiß bereits intabulirten Capitalien scheinen uns zur Einrechnung nicht geeignet, weil wir denselben kein gesetzliches Pfandrecht zuzuerkennen vermögen. — Anderer Meinung ist Gspan, a. a. O. §. 227, Bd. 2, S. 56.

von Hundert an der Fideicommißschuld getilgt, dieselbe daher binnen zwanzig Jahren wieder zurückgezahlt werden muß. Eine Verlängerung dieser Frist (z. B. auf 25 Jahre) durch Bestimmung geringerer Depurirungsraten (z. B. bloß zu 4 Procent, wie dieß früher nach dem Pat. v. 3. April 1787 gestattet war) ist nur aus erheblichen Gründen (z. B. in Folge von Verwüstungen durch Kriegsereignisse, Brand, Viehseuchen) und nach Vernehmung des Curators und der nächsten Anwärter zu bewilligen (§. 252 des Pat. v. 9. August 1854). Größere Depurirungsraten (z. B. zu 10 Procent) können dagegen ohne weiters gestattet werden, weil sie nur um so rascher zur Tilgung der Fideicommißschuld führen; doch wäre die Uebernahme einer solchen Verbindlichkeit für den Nachfolger im Fideicommisse (§. 640) nicht maßgebend; dieser könnte wider seinen Willen zu keiner höheren Depurirung, als ihm nach dem Gesetze obliegt (nämlich mit 5 Percenten), verhalten werden [1]).

2. Die Rückzahlungsraten sind immer nach dem ursprünglichen Betrage aller auf das Fideicommiß versicherten und noch nicht ganz getilgten Forderungen, nicht nach der Summe zu berechnen, welche davon nach den bereits geleisteten Depurirungen noch übrig ist (§. 248 des Pat. v. 9. August 1854).

3. Die Depurirung hat ununterbrochen zu geschehen; nur aus besonders wichtigen Gründen bleibt es dem Gerichte nach Vernehmung des Curators und der nächsten Anwärter, aber ohne an deren Zustimmung gebunden zu sein, vorbehalten, dem Fideicommißbesitzer die Rückzahlung für eine bestimmte Zeit ganz oder zum Theile, und unbedingt, oder gegen Erhöhung der Zahlungen in den nächstfolgenden Jahren zu erlassen (§. 252 des o. a. Pat.). Auch kann der Fideicommißbesitzer, wenn er in einem Jahre mehr abgetragen hat, als er gegen das Fideicommiß verpflichtet war, für dieses Jahr daran zu zahlen, sich den Ueberschuß in den folgenden Jahren zu gut rechnen (§. 248 ebd.).

4. Der Bescheid, wodurch die Verpfändung des Fideicommisses bewilliget wird, muß den Betrag der jährlichen Rückzahlungen in bestimmten Summen angeben, und wenn der Fideicommißgüter mehrere sind, die Summe festsetzen, welche auf jedes derselben versichert werden darf (§. 241 ebd.).

5. Frägt es sich, von welchen Lasten das Fideicommiß durch allmälige Rückzahlung befreit werden muß, so erscheinen hierunter zuvörderst: a) diejenigen, wofür der Besitzer des Fideicommisses dasselbe mit gerichtlicher Bewilligung verpfändet hat. Ausgenommen sind Unterhaltsgelder und andere auf die Lebenszeit bestimmter Personen beschränkte, von Zeit zu Zeit wiederkehrende Zahlungen, nach dem ausdrücklichen Wortlaute des §. 250 des Pat. v. 9. August 1854 [2]); und eben so wenig findet der Natur der Sache nach eine Depurirung bei jenen Schulden statt, welche nur für die Lebenszeit des Besitzers auf die Früchte des Fideicommißgutes versichert sind. b) Weiters unterliegen der Depurirung (zufolge §. 250 des o. a. Pat.) auch die von dem Fideicommißstifter herrührenden, auf dem Fideicommißgute haftenden Schulden, wenn sie nicht in solchen fortlaufenden Zahlungen bestehen, die der Stifter selbst für beständig (z. B. zur Dotirung einer Pfründe) angeordnet hat [3]).

6. Die Depurirung kann auf verschiedene Weise geschehen, und zwar vorerst dadurch, daß von den in den öffentlichen Büchern einverleibten Forderungen die zurückgezahlte Summe gelöscht wird (§. 249 des Pat. v. 9. August 1854); allein diese Art der Depurirung wird nur selten stattfinden können, weil der Gläubiger

---

[1]) S. Gspan, a. a. O. Bd. 2, §§. 336 und 337.

[2]) Nach den früheren Gesetzen war die Frage, ob solche Lasten zu depuriren seien, unter den Rechtslehrern streitig. S. Gspan, a. a. O. Bd. 2, §§. 345—350.

[3]) Dieselbe Bestimmung hatte schon das Hfd. v. 21. Jänner 1791 getroffen. Nach Einführung des b. G. B., welches dieser Verpflichtung nicht erwähnt, zweifelte man an dem Fortbestande derselben, und in der That läßt sich nicht verkennen, daß dadurch eigentlich dem Fideicommißbesitzer eine Vermehrung der Substanz derselben aufgebürdet wird.

sich in der Regel nicht dazu verstehen wird, eine solche allmälige Rückzahlung der Fideicommißschuld anzunehmen (s. unter Z. 10); es wird also meistentheils nichts übrig bleiben, als die einzelnen Depurirungsarten bei Gericht zu erlegen[1]), wo sie so lange aufgesammelt werden, bis sie am Ende zur Bezahlung des Gläubigers und somit zur Tilgung der Fideicommißschuld im Ganzen verwendet werden können. Die auf solche Art erlegten Beträge einstweilen wieder fruchtbringend zu machen, ist Sache des Fideicommißbesitzers, und es dürfte hiergegen kein Anstand zu erheben sein, wenn nur die Elocirung auf eine, für die Anlegung der Pupillengelder vorgeschriebene Weise (s. Bd. I, S. 331 d. W.) erfolgt. Bei Geld-Fideicommissen müßte, wenn die Onerirung durch Erhebung von öffentlichen Creditspapieren geschah, die Depurirung mit durchaus gleichen öffentlichen Schuldscheinen Platz greifen, oder der Betrag nach dem Werthe, welchen die Schuldscheine zur Zeit des Darleihens hatten, zurückgezahlt werden (§. 990 des b. G. B., dann Hfd. v. 29. October 1789, Nr. 1067 der J. G. S., und v. 4. October 1796).

7. Der Bescheid, wodurch die Verpfändung eines Fideicommisses bewilliget wird, ist, wie schon o. S. 247 d. W. angedeutet wurde, jederzeit dem Curator (und den nächsten Anwärtern) zuzustellen, weil dieser, sowie die Fideicommiß-Instanz selbst, darüber zu wachen hat, daß die Fideicommißschuld in den festgesetzten Fristen zurückgezahlt werde (§. 247 des Pat. v. 9. August 1854). Zu diesem Ende hat der Besitzer eines verpfändeten, oder im Capitale verminderten Fideicommisses (nach §. 248 ebd.) dem Gerichte am Ende eines jeden Jahres eine vollständige Ausweisung über die Berichtigung der im Laufe desselben verfallenen Rückzahlungen zu überreichen. Darin ist zuerst die ganze Fideicommißschuld nach dem Fideicommiß-Inventar und den Auszügen aus den öffentlichen Büchern oder dem Depositen-Extracte anzugeben; sodann der Betrag sämmtlicher, auf das verflossene Jahr entfallener Rückzahlungen nach den darüber bei der Verpfändung des Fideicommisses, oder Erhebung der Capitalien getroffenen gerichtlichen Verfügungen zu berechnen. — Die geleisteten Zahlungen hat der Fideicommißbesitzer durch Depositenscheine oder Quittungen, und wenn in den öffentlichen Büchern einverleibte Forderungen getilgt worden sind, die geschehene Löschung darzuthun. Die Ausweisung muß von dem Fideicommißbesitzer und Curator unterschrieben, oder, wenn sie der letztere unrichtig findet, seine bestimmte Erklärung darüber beigefügt sein (§. 249 ebd.). Die Vorlage des vorgeschriebenen jährlichen Ausweises über die Fideicommiß-Depurationen hat das Gericht von Amtswegen zu überwachen. Den gelegten Ausweis hat dasselbe genau zu prüfen, mit den Beilagen und den Fideicommißacten zu vergleichen, und nöthigenfalls die Berichtigung und Ergänzung anzuordnen. Entsteht über den Betrag der Schuld des Fideicommißbesitzers an rückständigen Depurationen ein Streit, welcher nicht in Güte beigelegt werden kann, so ist derselbe auf den Rechtsweg zu verweisen. Das Gericht hat jedoch die Sicherstellung des streitigen Betrages anzuordnen und die Leistung desselben nöthigenfalls durch die gesetzlichen Zwangsmittel von Amtswegen zu bewirken (§. 251 ebd.).

8. Eine Sicherstellung der Depurationen kann in der Regel nicht gefordert werden; nur bei Behebung des Drittheils von einem Geld-Fideicommisse sind nach §. 243 ebd. die jährlichen Rückzahlungen durch Pfandrecht auf die Zinsen der übrigen zwei Drittheile zu versichern.

9. Wenn dem Fideicommiß-Curator bekannt wird, daß Zinsen von Fideicommißschulden, oder auf dem Fideicommisse haftende Steuern durch längere Zeit unbezahlt blieben, so hat er dieses dem Gerichte anzuzeigen. Die Fideicommißbehörde muß in diesem Falle sowohl, als wenn sie auf andere Weise von längeren Zinsen- oder Steuer-Rückständen Nachricht erhält, den Fideicommißbesitzer zur Bezahlung

---

[1]) Darum erwähnt auch der §. 249 des Pat. v. 9. Aug. 1854 des Erweises der geleisteten Zahlungen durch Depositenscheine.

der Rückstände von Amtswegen verhalten (§. 253 ebd.). Gegen Fideicommißbesitzer, welche wiederholten gerichtlichen Anordnungen über die Berichtigung der Fideicommißschulden, der Zinsen- oder Steuer-Rückstände nicht Folge leisten, ist die Sequestration von Amtswegen zu verhängen, und wo möglich der nächste Anwärter, der nicht von dem Fideicommißbesitzer selbst abstammt, oder der Curator zum Sequester zu bestellen (§. 254 ebd.).

10. Die rechtlichen Verhältnisse des Fideicommißbesitzers gegen seine Gläubiger werden nicht nach den Vorschriften über die allmälige Tilgung der Fideicommißschulden, sondern nach dem Inhalte der von ihm selbst oder von seinen Vorfahren ausgestellten Schuldscheine und nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen beurtheilt (§. 242 ebd.). Sie brauchen also, wie schon oben bemerkt wurde, keine Theilzahlungen anzunehmen, noch die 20jährige Depurirungsfrist abzuwarten. Wäre ihre Forderung früher fällig, so bleibt es dem Fideicommißbesitzer nach dem o. a. §. 242 unbenommen, insofern er gegen das Fideicommiß noch nicht zur Tilgung der Schuld verbunden ist, die Zahlung durch neue Anleihen zu leisten. Ebenso unterliegt es keinem Zweifel, daß die Gläubiger, wiewohl sie ihre Bezahlung nicht aus dem Stammgute verlangen können (§. 642), doch auch keineswegs auf die Einkünfte aus dem onerirungsfähigen Drittheile beschränkt sind, sondern daß sie auf die Einkünfte des gesammten Fideicommißgutes, und eben so auch auf das Allodial-Vermögen ihres Schuldners nach allgemeinen Grundsätzen Execution führen können.

§. 639.

Will der Fideicommißbesitzer von den bereits geleisteten Rückzahlungen wieder einen Betrag zu seinem Gebrauche erheben; so muß er zur Tilgung desselben noch insbesondere jährlich fünf vom Hundert bezahlen.

1. Dieselben Gründe, welche die Gesetzgebung bewogen haben, überhaupt die Onerirung der Fideicommisse zu gestatten, sprechen auch für die in dem vorstehenden §. getroffene Verfügung; doch ist eine solche Wiedererhebung der bereits geleisteten Rückzahlungen zufolge §. 252 des Pat. v. 9. August 1854 nur aus erheblichen Gründen und nach Vernehmung des Curators und der nächsten Anwärter zu bewilligen. Immerhin kann aber das Gericht selbst in dem Falle der von denselben verweigerten Beistimmung die gedachte Erlaubniß ertheilen.

2. Die Wiedererhebung darf sich immer nur auf einen Theil (einen „Betrag" sagt der §.), nicht auf das Ganze der geleisteten Depurirungen erstrecken, weil sonst die wohlmeinende Absicht des Gesetzes gar zu leicht vereitelt, und die ganze Last auf die Nachfolger übergewälzt werden könnte.

3. Aus gleichem Grunde scheint diese Befugniß dem Fideicommiß-Inhaber auch nur einmal und nicht zu wiederholten Malen zugestanden werden zu können [1]).

4. Sobald eine derlei Wiederholung stattgefunden hat, übernimmt der Fideicommißbesitzer die Verpflichtung, nicht nur die Rückzahlungen in dem ursprünglich ausgemessenen Betrage fortan zu leisten, sondern von dem wiedererhobenen Betrage insbesondere die gesetzliche Depurirung zu entrichten (§. 252 des Pat. vom 9. August 1854). — Hätte also die Fideicommißschuld ursprünglich 40.000 fl. betragen, und wären an derselben in zehn Jahren bereits 20.000 fl. abgetragen, hiervon aber wieder 5000 fl. erhoben worden, so ist die Depurirung nicht nur fortan in dem früheren Betrage von 5000 fl. zu leisten, sondern für die neu erhobenen 5000 fl. um 250 fl., mithin auf 2250 fl. zu erhöhen.

§. 640.

Haftung des Nachfolgers für die [Fideicommiß-] Schulden.

Der Nachfolger im Fideicommisse ist nur die mit gerichtlicher Genehmigung gemachten Schulden seines Vorfahrers zu bezahlen schuldig. Für die zur Tilgung dersel-

---

[1]) S. Gspan, a. a. O. Bd. 2, §. 241.

den schon verfallenen Rückzahlungen haftet er nur in so weit, als sie nicht aus dem frei vererblichen Vermögen des Vorfahrers geleistet werden können.

1. Es ist schon oben (S. 241) bemerkt worden, daß für die von dem Fideicommißbesitzer ohne gerichtliche Bewilligung aufgenommenen Schulden nur derjenige Theil der Früchte des Fideicommißgutes in Anspruch genommen werden kann, welchen der Fideicommißbesitzer selbst einzusammeln berechtigt ist, nicht aber derjenige Theil, welcher dem Nachfolger gebührt (§. 632). Stirbt also der Fideicommißbesitzer vor gänzlicher Tilgung einer solchen Allodialschuld, so kann sich der Gläubiger nur an seine Allodialerben (§. 548), nicht aber an den Fideicommißerben oder an das Fideicommißgut halten.

2. Anders ist es mit den eigentlichen Fideicommißschulden, die mit gerichtlicher Genehmigung gemacht und auf dem Fideicommißgute eingetragen worden sind [1]); diese gehen allerdings, als auf dem Fideicommisse selbst haftend (§. 642), auch auf die Fideicommißnachfolger über. Hierbei muß aber wieder genau zwischen der Verpflichtung zur Depurirung dem Fideicommisse gegenüber, und zwischen der Pflicht zur Zahlung gegenüber dem Fideicommißgläubiger unterschieden werden.

3. Die Depurirungen ist der Nachfolger in dem ursprünglich festgesetzten Ausmaße fortzusetzen verpflichtet, wofern der verstorbene Fideicommißbesitzer dießfalls nicht lästigere Bedingungen eingegangen hätte, als das Gesetz vorschreibt; denn diese können, wie schon oben (S. 250) bemerkt wurde, den Nachfolger nicht binden [2]). Für die, an den Depurirungsarten aufgelaufenen Rückstände haftet er nur subsidiarisch, nämlich insoweit sie aus dem freivererblichen Vermögen des Vorfahrers nicht geleistet werden können. An dieses wäre sich daher jedenfalls früher

---

[1]) Hätte der Fideicommißbesitzer zwar mit gerichtlicher Genehmigung ein Darlehen aufgenommen, wäre dasselbe aber vor seinem Tode nicht zur Intabulation gelangt, so kann es unsers Erachtens nicht als eine Fideicommißschuld angesehen werden, als welche schon dem Ausdrucke zufolge nur eine solche betrachtet wird, die auf dem Fideicommisse haftet (§. 642). Die Fideicommißschulden zerfallen selbst wieder in zwei Classen; in solche, die ohne und in solche, die mit gerichtlicher Genehmigung contrahirt wurden. Für die ersteren kann eine Befriedigung nur aus demjenigen Theil der Früchte, welche der Contrahent zu beziehen berechtiget ist, nicht aber aus dem Fideicommißgute, oder jenen Früchten, welche dem Nachfolger gebühren, erholt werden; die letzteren ist dagegen auch der Nachfolger zu zahlen schuldig (§. 640), wiewohl nicht aus dem Stammgute, sondern nur aus den Früchten desselben (§. 642). Wenn nun der §. 640 bestimmt, daß der Nachfolger im Fideicommisse nur die mit gerichtlicher Genehmigung gemachten Schulden seines Vorfahrers zu bezahlen schuldig sei, so konnte er offenbar bloß die intabulirten, auf dem Fideicommisse selbst haftenden (die sog. eigentlichen Fideicommißschulden) vor Augen haben. Dieses erhellet schon aus dem Zusammenhange des §. 640 mit den vorausgehenden §§. 635—639, welche durchaus nur von den eigentlichen Fideicommißschulden sprechen, und geht ferner aus dem Wörtchen „nur“ hervor, welches geradezu auf eine Beschränkung, nicht auf eine Erweiterung der Haftung des Fideicommißnachfolgers hindeutet. Nun ist aber schon aus §. 632 klar, daß die, ohne gerichtliche Genehmigung vorgenommene Verpfändung des Fideicommißgutes nicht auf den Nachfolger im Fideicommiß wirke; es kann also um so weniger angehen, die Verfügung des §. 640 dahin auszulegen, daß der Fideicommiß-Nachfolger sogar eine Schuld zu bezahlen verpflichtet sei, für die das Fideicommißgut nicht einmal verpfändet ist. Dem steht der Ausdruck „gemachten Schulden“ nicht entgegen, denn der zweite Satz des §. 640 spricht von einer Tilgung derselben (der gemachten Schulden, von denen im ersten Satze die Rede ist) und bezieht sich offenbar auf Rückzahlungen, deren die §§. 638 und 639 erwähnen, also auf Rückzahlungen einer Fideicommißschuld, wie sich §. 638 ausdrückt. Es kann demnach auch der erste Satz des §. 640 nur von Fideicommißschulden verstanden werden. In dieser Weise stimmt er aber auch allein mit den übrigen Principien unserer Gesetzgebung überein. Nur der Erbe übernimmt nach §. 548 die Verbindlichkeiten, die der Erblasser aus seinem Vermögen zu leisten gehabt hätte; der Fideicommiß-Nachfolger ist aber kein Erbe des Fideicommiß-Vorfahrers, sondern er folgt nur in dem Fideicommisse, kraft der von dem Stifter desselben getroffenen Anordnung. Er hätte also schon nach dem allgemeinen Grundsatze des §. 443 nur diejenigen Lasten zu übernehmen, die auf dem Fideicommisse haftend in den öffentlichen Büchern angemerkt sind, während andere Forderungen und Ansprüche, die jemand an den vorigen Eigenthümer hat, nicht auf den neuen Erwerber übergehen. Aber selbst in dieser Beziehung erscheint der Fideicommiß-Nachfolger noch als begünstigt, denn er hat nach §. 632 und 642 nur diejenigen, wenngleich auf dem Fideicommißgute selbst haftenden Lasten zu übernehmen, welche mit gerichtlicher Bewilligung contrahirt wurden, und es wäre daher geradezu widersprechend, wenn sich seine Haftung auch auf Schulden erstrecken sollte, die gar nicht auf dem Fideicommißgute haften. Hiermit stimmen auch die Vorschriften des kais. Pat. v. 9. August 1854 überein, denn überall ist dort von der Bewilligung zur Verpfändung des Fideicommisses, also von solchen Schulden die Rede, welche auf dem Fideicommißgute selbst intabulirt werden sollen, und dadurch erst zu Fideicommißschulden werden (§§. 246, 247, 252 und 253 dieses Pat.); nur diese sind (nach §. 247 ebd.) zu depuriren. — Vgl. hierüber den Aufsatz in Nr. 48 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1855.

[2]) Der Fideicommiß-Nachfolger könnte sonst gar zu sehr in dem Genusse des Fideicommisses geschmälert werden. Nehmen wir an, der Fideicommißbesitzer habe das volle Drittheil desselben mit 20.000 fl. onerirt, und sich zu einer jährlichen Rückzahlung von 3000 fl. verpflichtet (was ihm vielleicht deßhalb möglich war, weil er noch außerdem ein bedeutendes Allodialvermögen besaß), so würde der Nachfolger, da das ganze Fideicommißgut im Werthe von 60.000 fl. nicht mehr als 3000 fl. jährlicher Einkünfte abwirft, so lange die Depurirung dauert, gar nichts aus dem Fideicommisse zu beziehen haben, was doch offenbar nicht angehen kann.

zu halten, bevor der Fideicommißnachfolger selbst in Anspruch genommen wird; und ebenso dürfte es keinem Zweifel unterliegen, daß dieser nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen sich hinsichtlich des Rückersatzes an diejenigen wenden könne, denen bezüglich des Entstehens der gedachten Rückstände ein Verschulden zur Last fällt.

4. Was die rechtlichen Verhältnisse des Fideinachfolgers zu den Fideicommißgläubigern anbelangt, so kommt vor allem zu erinnern, daß dieselben nach dem Inhalte der von dem Vorfahrer ausgestellten Schuldscheine, und nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu beurtheilen sind (§. 242 des Pat. v. 9. Aug. 1854). Die Fideicommißgläubiger werden daher die Rückzahlung der Fideicommißschuld auch von dem Nachfolger ganz in derselben Weise fordern können, in welcher dieselbe bei der Eingehung des Darlehens vertragsmäßig bedungen worden war, und dem Fideicommißnachfolger bliebe daher nichts weiter übrig, als behufs dieser Zahlung, wenn er dazu dem Fideicommisse gegenüber noch nicht verpflichtet ist, neue Anlehen aufzunehmen (s. oben §. 242 des Pat. v. 9. August 1854). Ebenso dürfte es keinem Zweifel unterliegen, daß die Fideicommißgläubiger nicht nur ihre Befriedigung an den Einkünften des verpfändeten Fideicommisses, sondern auch ihr persönliches Recht gegen den Allodialerben des Schuldners zu suchen befugt seien (vgl. §§. 466 und 548); immerhin stünde aber dem letzteren, wenn er die Zahlung der Fideicommißschuld geleistet hat, das Recht zu, den Rückersatz von dem Fideicommißnachfolger, d. h. aus den Einkünften des Fideicommißgutes selbst und den etwa bereits erlegten Depurationsraten zu verlangen [1]).

§. 641.

Hat der Vorfahrer zur Erhaltung oder wichtigen Verbesserung des Fideicommisses einen beträchtlichen Aufwand gemacht, wozu er das Fideicommißgut zu verschulden berechtiget gewesen wäre, so muß der Aufwand ersetzt werden. Hierzu sind aber die Nachfolger befugt, ein Drittheil des Fideicommißgutes zu belasten. Die Rückzahlungen werden auf die im §. 638 vorgeschriebene Art geleistet.

1. Das Gesetz spricht hier den Allodialerben des Fideicommißvorfahrers ein Ersatzrecht zu, welches sich auf die Betrachtung gründet, daß man einerseits nicht voraussetzen kann, der Fideicommißbesitzer habe mit dem aufgewendeten Betrage seinem Nachfolger ein Geschenk machen wollen, zumal ihm ohnehin die Vortheile der gemachten Verbesserung zu Statten kommen, und daß anderseits der Nachfolger eben zu nichts weiterem verpflichtet wird, als wozu er schon nach dem Gesetze verpflichtet wäre, wenn der Vorfahrer von dem ihm (im §. 635) eingeräumten Rechte, das Fideicommiß zu oneriren, Gebrauch gemacht hätte.

2. Mit Hinblick auf diesen letzterwähnten Grund stimmen wir der Ansicht Nippel's bei [2]), welcher behauptet, daß ein Ersatz nur in so weit Platz zu greifen habe, als er in dem Falle, wenn der Fideicommißbesitzer mit der zur Bestreitung des gemachten Aufwandes nöthigen Summe das Fideicommiß onerirt hätte, dem Fideicommißnachfolger zur Last gefallen wäre. Wäre daher der Aufwand schon vor zehn Jahren gemacht worden, so würde der Fideicommißnachfolger nur die Hälfte des gemachten Aufwandes zu ersetzen verbunden sein; denn hätte der Fideicommißbesitzer zur Bestreitung des gedachten Aufwandes das Drittheil des Fideicommisses verschuldet, so hätte er diese Schuld wieder mit fünf von Hundert jährlich depuriren müssen, und würde sohin binnen zehn Jahren bereits die Hälfte des verwendeten Capitals aus eigenem zurückbezahlt haben.

3. Das Ersatzrecht der Allodialerben ist davon abhängig: a) daß der Aufwand zur Erhaltung oder zu einer wichtigen Verbesserung des Fideicommisses

---

1) S. Nippel, Erläut. Bd. 4, S. 254.

2) Erläut. Bd. 4, S. 258. — Ihm folgt auch Winiwarter, bürg. Recht, B. 3, S. 163. — Abweichender Meinung ist v. Wildner, a. a. O. S. 290.

gemacht wurde, weil wohl auch nur in diesem Falle der Onerirungsconsens hätte ertheilt werden können (s. oben S. 245), und b) daß er ein beträchtlicher gewesen, da sonst zu vermuthen ist, daß er durch den erhöhten Genuß des Fideicommißgutes schon wieder hereingebracht worden sei.

§. 642.

Ein Fideicommißgläubiger kann die Bezahlung einer, selbst mit gerichtlicher Bewilligung, auf dem Fideicommisse haftenden Schuld nicht aus dem Stammgute, sondern nur aus den Einkünften desselben verlangen.

1. Die Natur des Fideicommisses bringt es mit sich, daß die demselben gewidmeten Vermögensbestandtheile als ein unveräußerliches Gut der Familie betrachtet werden (§. 618), woraus mit Nothwendigkeit folgt, daß die selbst mit gerichtlicher Genehmigung auf dem Fideicommisse haftenden Schulden nicht aus dem Stammgute, sondern nur aus den Einkünften desselben getilgt werden dürfen. Dieß gilt auch bei Geld-Fideicommissen, da das Gesetz nicht unterscheidet, und wir können daher der Ansicht Gärtner's[1]) nicht beipflichten, wenn er behauptet, daß die Gläubiger bei dieser Gattung von Fideicommissen jenen Theil des Stammgutes, welchen der Fideicommißbesitzer selbst zu erheben berechtiget gewesen wäre (§. 635), auch in Execution ziehen können.

2. Zum Stammgute ist auch der s. g. fundus instructus zu rechnen (siehe I. Bd. S. 387 d. W.), auf den nach dem Hfd. v. 7. April 1826, Nr. 2178 der J. G. S., auch keine abgesonderte Executionsführung Platz greifen kann.

§. 643.

Theilung der Früchte des letzten Jahres [beim Tode des Fideicommißbesitzers].

Die Früchte des letzten Jahres werden zwischen den Erben des Vorfahrers und dem Nachfolger im Fideicommisse eben so, wie zwischen dem Fruchtnießer und Eigenthümer (§. 519) getheilt.

1. Bei dem Tode eines jeden Fideicommißbesitzers ist ein neues Inventar zu errichten, und darin zuerst das Fideicommißvermögen nach dem Zustande, in welchem er es hinterlassen hat, zu beschreiben, sodann, wenn das Fideicommiß an die Allodialverlassenschaft wegen Vermehrung oder Verminderung des in dem Haupt-Inventar angegebenen Stammvermögens einen Ersatz zu leisten oder zu fordern hat, derselbe auszuweisen, und als eine Forderung oder Schuld des Fideicommisses anzuführen. Diese Ausweisung muß selbst dann verfertiget werden, wenn alles Allodial- und Fideicommißvermögen des Erblassers dem nämlichen Erben zufällt. Ist in dem Haupt-Inventar nicht genau bestimmt, was als Zugehör eines unbeweglichen Gutes anzusehen sei, so hat das Gericht nach Einvernehmung der Kunstverständigen und Betheiligten darüber nach den Vorschriften der §§. 294—297 des b. G. B. zu entscheiden (§. 224 des Pat. v. 9. August 1854). Trifft die Erbfolge in das Fideicommiß verschiedene Personen, so ist unter diesen zu berechnen, wie viel der unmittelbare Nachfolger im Fideicommisse wegen stehender oder erhobener Früchte, wegen verfallener oder eingegangener Zinsen und Renten, wegen rückständiger Fideicommißschulden oder aus anderen Gründen an die Allodialerben zu fordern oder zu bezahlen habe (§. 225 ebd.). Die von dem Fideicommißvermögen zu entrichtenden Gebühren und Gerichtskosten müssen von dem Fideicommißerben aus den Früchten geleistet werden; und ebenso sind alle anderen, bei Fideicommißgeschäften vorfallenden Gerichts- und Curatelskosten ohne Verminderung des Stammvermögens von dem Fideicommißbesitzer zu bestreiten (§. 226 ebd.).

2. Die Theilung der Früchte und wohl auch der anderweitigen Nutzungen des letzten Jahres hat nach den Bestimmungen des §. 519 zu erfolgen, da der Fideicommißbesitzer in Beziehung auf dieselben einem Fruchtnießer gleichsteht.

---

[1]) Ueber Fideicommißschulden (Pratobevera's Mat. Bd. 2, S. 199).

3. Was im §. 643 für den Fall des Todes des Fideicommißbesitzers angeordnet wurde, muß auch bei andern Fällen einer Besitzveränderung, z. B. im Falle einer Verzichtleistung auf den Genuß des Fideicommisses, zur Anwendung kommen.

§. 644.

Auflösung [des Fideicommisses].

Ein Fideicommiß kann aufgelöset werden, wenn keine zum Fideicommisse berufene Nachkommenschaft zu vermuthen ist. Zur Auflösung des Fideicommißbandes aber wird nebst der Einwilligung des Nutzungseigenthümers und aller Anwärter, die durch ein Edict vorzuladen sind, auch die Einvernehmung des Curators der Nachkommenschaft, und die gerichtliche Bewilligung erfordert.

1. Unter der Auflösung des Fideicommisses versteht das Gesetz die Aufhebung des Fideicommißbandes (Allodialisirung) in Folge eines zwischen den Interessenten getroffenen Uebereinkommens, wenn keine zum Fideicommisse berufene Nachkommenschaft zu vermuthen ist. In diesem Falle kann es für den Fideicommißbesitzer und die noch vorhandenen Anwärter oft wünschenswerth sein, sich gegenseitig mit ihren Ansprüchen abzufinden, da der Zweck des Fideicommisses die Aufbewahrung desselben für künftige Geschlechtsfolger, wenigstens muthmaßlicher Weise nicht mehr erreicht werden kann.

2. Zu einer solchen Auflösung ist aber die Einwilligung des Nutzungseigenthümers und aller — nicht bloß der nächsten — Anwärter erforderlich. Um sich nun hierüber die erforderliche Gewißheit zu verschaffen, sind dieselben durch ein Edict vorzuladen, welches nach der Analogie des §. 128 des Pat. vom 9. August 1854, und dem beigegebenen Formulare III. (über die Einberufung unbekannter Erben) auszufertigen wäre. Außerdem ist der Curator der Nachkommenschaft zu vernehmen, welcher sich vorzüglich darüber zu äußern hätte, ob in der That von Seite des Fideicommißbesitzers oder eines oder des andern Anwärters eine Nachkommenschaft nicht mehr zu erwarten sei. Endlich hat auch die Bewilligung der Fideicommißbehörde hinzuzutreten, welche darüber zu wachen hat, daß alle vorgeschriebenen Vorsichten auf das genaueste erfüllt werden. Die Genehmigung des Landesfürsten ist hier nicht erforderlich, weil durch die Auflösung des Fideicommißbandes nur der als Regel geltende Zustand der freien Verfügbarkeit wieder hergestellt wird [1]).

3. Wem das Fideicommißgut im Falle der Auflösung des Fideicommißbandes als freivererbliches Eigenthum zufallen solle, muß eben durch das Uebereinkommen der Parteien bestimmt werden, wofern nicht etwa schon von Seite des Fideicommißstifters durch eine s. g. subsidiarische Anordnung dießfalls Fürsorge getroffen wäre.

4. Was die Rechte der Gläubiger anbelangt, welchen ohne gerichtliche Bewilligung die Früchte des Fideicommißgutes oder das Fideicommiß selbst verpfändet wurden (§. 632), so erleiden sie durch die vorgenommene Allodialisirung keinerlei Modification; ihr Pfandrecht kann dadurch weder auf die Substanz des Fideicommißgutes selbst, noch über die Zeit ausgedehnt werden, auf welche es ursprünglich eingeschränkt war (§. 468) [2]). Die Rechte der eigentlichen Fideicommißgläubiger (§. 635) werden aber allerdings erweitert, da die mit gerichtlicher Bewilligung eingegangenen Schulden allerdings auf dem Fideicommisse selbst haften (§. 642), und nur so lange das Fideicommißband noch aufrecht besteht, nicht aus dem Stammgute, sondern bloß aus den Einkünften getilgt werden können. Mit der Auf-

---

[1]) Mit Recht hebt daher Wildner (im Jurist, Bd. 1, S. 96) hervor, daß hierin keine Anomalie zwischen den §§. 627 und 644 gelegen sei, wie sie von Salza von Lichtenau in seinem Werke: Von den Familien-, Stamm- und Geschlechtsfideicommissen nach den Grundsätzen des gemeinen deutschen Privatrechtes (Leipzig 1838) behauptet wurde.

[2]) S. Gspan, a. a. O. Bd. 2, §. 500, S. 294. — Gärtner, a. a. O. S. 247.

lösung des Fideicommißbandes fällt aber jene Beschränkung hinweg und es kann nunmehr das Stammgut selbst in die Execution gezogen werden.

5. Zu vielfach widersprechenden Lösungen hat die Frage Anlaß gegeben, was dann zu geschehen habe, wenn ungeachtet der erfolgten Edictal-Citation ein zum Fideicommisse berufener Anwärter unbekannt geblieben ist, und erst nach vorgenommener Allodialisirung auftritt, oder wenn ein successionsfähiger Nachkomme erst später geboren wird? Nippel (Erläut. Bd. 4, S. 265) meint, daß die rechtsgiltig vorgenommene Allodialisirung in keinem dieser Fälle mehr angefochten werden könne. — Winiwarter (bürg. Recht, Bd. 3, S. 167) spricht dem unbekannt gebliebenen Anwärter das Vindicationsrecht der Fideicommißgüter ab, räumt ihm aber das Recht ein, gegen diejenigen, unter welche das aufgelöste Fideicommiß, oder der Werth desselben getheilt worden ist, auf Wiederherstellung des Fideicommisses, oder wenn dieß nicht mehr möglich wäre, auf Ersatz zu dringen. — Wildner (a. a. O. S. 337) behauptet, daß der unbekannt gebliebene Anwärter gegen jeden (auch dritten) Besitzer des Fideicommißgutes auf Herausgabe desselben klagen könne, und dieser Meinung pflichtet im wesentlichen auch Gspan (a. a. O. Bd. 1. §§. 156—162) bei; nur muß, seiner Ansicht zufolge, die Vindicationsklage nicht von dem Anwärter selbst, sondern über seine Aufforderung von dem Fideicommiß-Curator angestrengt werden, und was die nachgebornen Anwärter betrifft, so meint er, unterscheiden zu müssen, ob sie zur Zeit der erfolgten Auflösung des Fideicommisses schon erzeugt waren, oder nicht; im ersten Falle seien sie wie die unbekannt gebliebenen zu behandeln, im zweiten Falle aber sei ihnen zur Zeit des bestandenen Fideicommisses noch kein Recht zugestanden, sie konnten daher auch durch die Auflösung desselben in keinem Rechte gefährdet werden. Uns scheint, da das Gesetz für den vorliegenden Fall gar keine bestimmte Anordnung getroffen hat, die Analogie, und zwar mit der Erbschaftsklage (§§. 823 u. 824) zur Anwendung gebracht werden zu müssen. Hieraus folgt, daß ein dritter redlicher Besitzer für das in der Zwischenzeit erworbene Fideicommißgut oder einzelne Bestandtheile desselben niemanden verantwortlich sei, daß also weder dem unbekannt gebliebenen, noch dem später gebornen Anwärter dießfalls ein Vindicationsrecht zustehe. Dagegen dürfte unserer Meinung zufolge denjenigen gegenüber, welche das allodialisirte Fideicommißgut unter einander getheilt haben, die Klage auf Wiederherstellung des Fideicommisses mit Erfolg angestellt werden können, und zwar selbst dann, wenn das Fideicommißgut schon veräußert, aber der Werth desselben noch vorhanden wäre[1]). Ist auch dieß nicht mehr der Fall, so könnte nur gegen diejenigen, welche unredlich zu Werke gegangen, auf Ersatz gedrungen werden, weil der unredliche Besitzer nach §. 335 verpflichtet ist, allen durch seinen Besitz entstandenen Schaden zu ersetzen. Insbesondere müssen wir uns aber gegen die o. a. Behauptung Gspan's aussprechen, daß die zur Zeit der geschehenen Allodialisirung noch nicht erzeugten Nachkommen kein Recht auf das Fideicommiß hatten, denn diese Behauptung steht mit dem Begriffe des Fideicommisses in directem Widerspruche. Ueberdieß sagt ja §. 274 ausdrücklich, daß ein Sachwalter entweder für die Nachkommenschaft überhaupt, oder für eine bereits vorhandene Leibesfrucht aufgestellt werden könne, und daß der erstere dafür zu sorgen habe, daß die Nachkommenschaft[2]) bei einem ihr bestimmten Nachlasse nicht verkürzt werde. Endlich sind ja den Nachgebornen sogar in Beziehung auf das freivererbliche Vermögen mannigfaltige Rechte eingeräumt; so erlischt nach §. 617 die einem Kinde zur Zeit, da es noch keine Nachkommenschaft hatte, gemachte Substitution, wenn dasselbe erbfähige Nachkommen hinterläßt; so wird nach §. 628 ein Fideicommiß als widerrufen angesehen, wenn dem Erblasser ein männlicher ehelicher Erbe, der in demselben nicht begriffen ist, geboren wird, so wird

---

[1]) S. die Erläuterung des §. 824.
[2]) Und zwar die noch nicht erzeugte, da sie der schon vorhandenen Leibesfrucht entgegengesetzt wird.

nach §. 778, wenn ein kinderloser Erblasser erst nach Erklärung seines letzten Willens einen Notherben erhält, für den keine Vorsehung getroffen ist, dieser letzte Wille (einige Ausnahmen abgerechnet) gänzlich entkräftet; so steht den nachgebornen Kindern unter der Voraussetzung des §. 954 das Recht zu, eine Schenkung zu widerrufen. Es dürfte sich daher mit Grund behaupten lassen, daß die von Gspan, a. a. O., gemachte Unterscheidung aus dem Geiste unserer Gesetzgebung nicht gerechtfertigt werden könne.

§. 645.

Erlöschung eines Fideicommisses.

Das Fideicommiß erlischt, wenn es zu Grunde geht; oder wenn alle in dem Stiftbriefe berufene Linien, ohne Hoffnung einer Nachkommenschaft, ausgestorben sind. In dem letzteren Falle vereiniget sich das Obereigenthum mit dem Nutzungseigenthume, und der Besitzer kann nach Willkür über das Fideicommiß verfügen.

1. Der zufällige gänzliche Untergang einer Sache erscheint nach §. 1447 überhaupt als eine Erlöschung der Rechte, es muß also dadurch (wohl auch der Natur der Sache nach) die Auflösung des Fideicommisses herbeigeführt werden. Wäre noch ein Theil des Fideicommißgutes übrig, so würde das Fideicommißband wenigstens noch auf diesem forthaften. Ist der Untergang durch Verschulden herbeigeführt worden, so steht den Betheiligten der Anspruch auf Schadenersatz nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu.

2. Sind alle in dem Stiftbriefe berufenen Linien ohne Hoffnung einer Nachkommenschaft ausgestorben, so erlischt das Fideicommiß von selbst, weil kein zur Nachfolge berufenes Subject mehr übrig ist. Das Ober- und Nutzungseigenthum wird in diesem Falle in der Person des letzten Besitzers vereinigt, und dieser könnte bei der Fideicommiß-Instanz um die Löschung des Fideicommißbandes in den öffentlichen Büchern (bei Realfideicommissen), oder um die Herausgabe und Devinculirung der Fideicommiß-Obligationen (bei Geldfideicommissen) ansuchen; doch würde eines wie das andere wohl nur nach vorausgegangener Edictal-Citation der etwa noch vorhandenen unbekannten Anwärter bewilliget werden. Hätte der Fideicommißstifter für den Fall des Aussterbens eine anderweitige giltige Anordnung getroffen, z. B. daß das Fideicommißgut einer bestimmten Familie, oder einer Anstalt, einem öffentlichen Fonde u. dgl. zufallen solle, so müßte es natürlich dabei sein Bewenden haben, und es könnte sohin von einem freien Verfügungsrechte des letzten Besitzers keine Rede sein.

3. Hinsichtlich der Ersitzung bestimmt der §. 1474, daß die Eigenschaft eines Familien-Fideicommisses nur durch einen frei eigenthümlichen Besitz von vierzig Jahren verloren gehe.

4. Daß endlich auch sowohl einzelne Bestandtheile eines Fideicommisses im Wege der Expropriation (nach §. 365) zum allgemeinen Besten eingezogen, als auch das Fideicommißband aus höheren Rücksichten gänzlich aufgehoben werden könne, unterliegt nach anerkannten staatsrechtlichen Grundsätzen keinem Zweifel.

5. Ueber die Anfrage: ob die erfolgte Aufhebung der Fideicommisse in den von der österreichischen Monarchie durch Friedensschlüsse getrennten Provinzen auch auf die in Oesterreich befindlichen Zugehörungen, sie mögen in Realitäten, öffentlichen oder Privat-Obligationen, oder anderen Entitäten bestehen, sich zu erstrecken habe, wurde durch Hfd. v. 31. October 1809, Nr. 894 der J. G. S., bestimmt, daß die in den von der österreichischen Monarchie getrennten Provinzen erfolgte Aufhebung der Fideicommisse auf die in Oesterreich befindlichen Zugehörungen derselben dann nicht wirken könne, wenn solche durch die höchste Bestätigung, oder den bestehenden Gesetzen gemäß, mit dem Fideicommißbande behaftet erscheinen; wenn daher die Aufhebung eines dergleichen Fideicommißbandes aus dem Grunde angesucht wird, weil ein in einem vorhin zur österreichischen Monarchie gehörig gewesenen, durch die Friedensschlüsse an eine fremde Macht überlassenen Lande bestandenes Fidei-

commiß allda aufgehoben worden ist, habe ohne Rücksicht auf die von dem fremden Staate getroffene Verfügung, nach Maßgabe des oben festgesetzten Grundsatzes, in jedem Falle ohne Unterschied die inländische Fideicommißbehörde in erster Instanz zu entscheiden; doch sei jeder Devinculirungs-Fall eines so gearteten Fideicommisses, mit den dabei eintretenden Umständen und Rücksichten, vorläufig der obersten Justizstelle gutächtlich vorzulegen.

§. 646.

Unterschied eines Fideicommisses von Stiftungen.

Von den Substitutionen und Fideicommissen unterscheiden sich die Stiftungen, wodurch die Einkünfte von Capitalien, Grundstücken oder Rechten zu gemeinnützigen Anstalten, als: für geistliche Pfründen, Schulen, Kranken- oder Armenhäuser; oder zum Unterhalte gewisser Personen auf alle folgende Zeiten bestimmt werden. Die Vorschriften über Stiftungen sind in den politischen Verordnungen enthalten.

Vgl. hierüber: Winkhler (J. M.), gründliche und vollständige Anleitung zur Berichtigung der Stiftungen nach dem Inhalte der a. h. Anordnungen. Gratz, 1788. — Jaksch (P.), Gesetzlexicon im geistlichen, Religions- und Toleranzsache, wie auch in Güter-, Stiftungs-, Studien- und Censursachen. Für das Königreich Böhmen von 1601 bis Ende 1800. Prag, 1816—1828, 10 Bde. — Kostetzky (Dom.), praktisches Handbuch der Gesetze in Stiftungssachen. Prag.

Eilftes Hauptstück.

Von Vermächtnissen.

§. 647.

Von wem, wie und wem legiret [werden kann];

Zur Giltigkeit eines Vermächtnisses (§. 535) ist nothwendig, daß es von einem fähigen Erblasser, einer Person die zu erben fähig ist, durch eine giltige letzte Willenserklärung hinterlassen werde.

1. Der Ausdruck „Vermächtniß" (Legat) wird in unserem Gesetze in doppelter Bedeutung genommmen, nämlich als eine Anordnung des Erblassers (z. B. in den §§. 655, 661, 662) und als der in einer solchen Anordnung hinterlassene Gegenstand (§§. 648, 649 u. ff.)[1]. Wird nämlich jemandem kein solcher Erbtheil, der sich auf den ganzen Nachlaß bezieht, sondern nur eine einzelne Sache, eine oder mehrere Sachen von gewisser Gattung, eine Summe oder ein Recht zugedacht, so heißt das zugedachte nach §. 535 ein Vermächtniß, und derjenige, dem es hinterlassen worden ist, Vermächtnißnehmer (Legatar). (Vgl. oben S. 138 d. W.)

2. Da das Vermächtniß den größten Theil des Werthes der Verlassenschaft ausmachen kann (§. 535), so ist es natürlich, daß das Gesetz zur Giltigkeit desselben die nämlichen Erfordernisse festsetzt, wie zur Giltigkeit einer Erbeseinsetzung, mithin:

a) die Testirungsfähigkeit des Erblassers, welche nach den §§. 566 bis 576 zu beurtheilen kömmt;

b) die Erbfähigkeit des Vermächtnißnehmers, rücksichtlich welcher die Vorschriften der §§. 538—546 zu gelten haben[2]);

---

[1]) S. Menzel (Dr. J. A.), Ueber Vermächtnisse überhaupt, und insbesondere über den Unterschied zwischen dem Gattungsvermächtnisse und zwischen dem Vermächtnisse einer bestimmten Sache (Zeitschr. für österr. Rechtsgel. 1841, I., S. 37).

[2]) Deßhalb können ohne Zweifel auch Personen, welche des Ehebruches oder der Blutschande gerichtlich geständig oder überwiesen sind, von einander nicht durch Vermächtnisse erwerben. Vgl. Dr. M. Schuster, Beiträge zur Hermeneutik des österr. Privatrechtes (Zeitschr. für österr. Rechtsgel. 1830, II., S. 45).

c) die Beobachtung aller inneren und äußeren Förmlichkeiten (§§. 553—565 und 575—603), welche zur Errichtung einer giltigen Erklärung des letzten Willens vorgeschrieben sind; diese mag die Form eines Testamentes oder Codicilles, eines Erbvertrages oder einer Schenkung auf den Todesfall an sich tragen;

d) einen tauglichen Gegenstand, worüber der §. 653 das weitere enthält.

3. Würde daher jemandem auf Grundlage einer ungiltigen letzten Willenserklärung ein Vermächtniß irrthümlich entrichtet, und erst später die Ungiltigkeit des Testamentes oder Codicilles entdeckt worden sein, so würde nach §. 1431 das geleistete zurückgefordert, oder ein dem verschafften Nutzen angemessenes Entgelt verlangt werden können.

§. 648.

Der Erblasser kann auch einem oder mehreren Miterben ein Vermächtniß voraus bestimmen; in Rücksicht desselben sind sie nur als Legatare zu betrachten.

1. Das einem fähigen Erben hinterlassene Vermächtniß muß, an und für sich betrachtet, offenbar als giltig angesehen werden; wenn aber der Vermächtnißnehmer zugleich der alleinige Erbe ist, so wird das Legat in der Regel unwirksam werden, weil er es sich selbst entrichten müßte (§. 1445). Ausnahmsweise kann es jedoch allerdings zur Wirksamkeit gelangen, wenn der bedachte die Erbschaft ausschlägt, das Vermächtniß aber in Anspruch nimmt; oder wenn der Nachlaß durch die angeordneten Vermächtnisse erschöpft wird, der Erbe demnach als solcher leer ausgeht (§. 690), während er als Vermächtnißnehmer das ihm zugedachte Legat immerhin fordern kann.

2. Sind mehrere Erben ernannt, und ist einem oder mehreren von ihnen auch noch insbesondere ein Vermächtniß voraus bestimmt, so wird dieses ein Vorausvermächtniß (praelegatum, praeceptio) genannt. Nach römischem Rechte erhält der bedachte hiervon, wenn er wirklich Erbe wird, nur jenen Antheil, den seine Miterben leisten müssen, wogegen der Theil, den er sich selbst zu leisten hätte, durch Confusion erlischt[1]). Nach österreichischem Rechte kann er aber das ganze Vermächtniß als solches in Anspruch nehmen, weil der §. 648 ausdrücklich bestimmt, daß er in Rücksicht desselben nur als Legatar zu betrachten sei, daher ihm auch in Bezug auf dasselbe nur die in den §§. 690—693 enthaltenen Rechte zukommen. Immerhin müßte aber aus der Anordnung des Erblassers klar hervorgehen, daß er einem der Miterben außer seinem Erbtheile auch noch ein Vermächtniß zuwenden wollte, und daß seine Absicht nicht bloß dahin ging, dem bedachten das ausschließliche Eigenthum der ihm legirten Sache, jedoch nur auf Rechnung seines Antheiles zu sichern[2]).

§. 649.

Wer mit der Entrichtung des Vermächtnisses beschwert werden könne.

Die Vermächtnisse fallen in der Regel allen Erben selbst in dem Falle, daß die einem Miterben gehörige Sache vermacht worden ist, nach Maß ihres Erbtheiles zur Last. Es hängt jedoch von dem Erblasser ab, ob er die Abführung des Legates einem Miterben oder auch einem Legatar besonders auftragen wolle.

§. 650.

Ein Legatar kann sich von der vollständigen Erfüllung des ihm aufgetragenen weiteren Vermächtnisses aus dem Grunde, daß es den Werth des ihm zugedachten Legates übersteige, nicht entschlagen. Nimmt er aber das Legat nicht an, so muß derjenige, dem es zufällt, den Auftrag übernehmen, oder das ihm zugefallene Vermächtniß dem darauf gewiesenen Vermächtnißnehmer überlassen.

1. Wie die Anordnung des Vermächtnisses selbst, so hängt auch die weitere

---

[1]) S. Nippel, Erläut. Bd. 4, S. 285.

[2]) Vgl. den in Glaser's und Unger's Sammlg. Nr. 13 mitgetheilten Rechtsfall und die in demselben erflossene Entscheidung des oberst. Gerichtshofes v. 15. Febr. 1854, Z. 502.

Verfügung, wer das Legat entrichten solle, von der Willkür des Erblassers ab. Er kann damit überhaupt jeden beauftragen, der durch seinen letzten Willen etwas erhält, was er nicht (wie den Pflichttheil, der nach §. 774 von jeder denselben einschränkenden Bedingung oder Belastung frei bleiben muß) ohnehin schon zu fordern berechtigt war; also a) den gesetzlichen Erben, den er sonst auszuschließen berechtigt gewesen wäre; b) den eingesetzten Erben oder c) einen Vermächtnißnehmer, wo dann das ihm aufgetragene Vermächtniß ein Aftervermächtniß (sublegatum) genannt zu werden pflegt; d) denjenigen, dem eine Schenkung auf den Todesfall zugewendet wurde, die nicht als ein Vertrag anzusehen ist (§. 956); e) den Fiscus oder diejenigen Personen, welche zur Einziehung erbloser Güter ein Recht haben (§. 760).

2. Derjenige, welcher mit der Entrichtung eines Vermächtnisses beschwert ist (der Onerirte), hat natürlich die freie Wahl, ob er den damit belasteten Erbtheil (oder das beschwerte Vermächtniß) annehmen wolle oder nicht (§§. 805 und 689). Hat er sich für das erstere entschieden, so muß er das ihm aufgetragene Vermächtniß vollständig erfüllen, da nach §. 709 der Auftrag, unter welchem jemanden ein Nachlaß zugewendet wurde, als eine auflösende Bedingung anzusehen ist, so daß durch die Nichterfüllung des Auftrages der Nachlaß verwirkt würde. Immerhin käme aber hier zwischen einem onerirten Erben und einem Vermächtnißnehmer zu unterscheiden. Hat nämlich der Erbe die Erbschaft mit Vorbehalt der rechtlichen Wohlthat des Inventars angetreten, so wird er (nach §. 802) den Legataren nur insoweit verbunden, als die Verlassenschaft für ihre und auch seine eigenen, außer dem Erbrechte ihm zustehenden Forderungen hinreicht. Ist dieses nicht der Fall, so müßten hier die Legatare einen verhältnißmäßigen Abzug erleiden (§. 692); wurde dagegen ein Vermächtnißnehmer mit der Entrichtung eines weiteren Vermächtnisses beauftragt, so kann er sich (nach §. 650) der vollständigen Erfüllung desselben aus dem Grunde, daß es den Werth des ihm zugedachten Legates übersteige, nicht entschlagen; er muß also entweder das Aftervermächtniß ungeschmälert entrichten, oder auf das ganze ihm zugewiesene Vermächtniß verzichten. Wählt er das letztere, so ist zuvörderst nach §. 689 auszumitteln, auf wen das dadurch erledigte Vermächtniß fällt? es kann dieß ein Substitut, ein Mitvermächtnißnehmer oder der Erbe sein. Jeder derselben muß, wie im §. 563 bei dem Accrescenzrechte der Erben angeordnet ist, die mit dem erledigten Legate verknüpfte Last übernehmen; doch steht ihm frei, sich dessen dadurch zu entschlagen, daß er das ihm zugefallene Vermächtniß (z. B. das Haus, von welchem ein Capital pr. 10.000 fl. an den Sublegatar entrichtet werden soll) dem darauf gewiesenen (After-) Vermächtnißnehmer überläßt. Immerhin kann aber der Sublegatar begehren, daß sich der mit dem Sublegate onerirte Vermächtnißnehmer über die Annahme oder Ausschließung des Vermächtnisses erkläre, weil sonst sein Recht ganz unwirksam gemacht werden könnte [1]).

3. Hat der Erblasser keine Verfügung darüber getroffen, wer das Vermächtniß zu entrichten habe, so fällt es der Natur der Sache nach dem Erben zur Last, und wenn mehrere Erben eingesetzt sind, allen nach Verhältniß ihrer Antheile (vgl. auch §. 839). Hierbei macht es keinen Unterschied, wenn auch die Onerirten namentlich bezeichnet sind.

4. Die vorstehende Regel kömmt, wie der Schlußsatz des §. 649 zur Vermeidung jedes Zweifels insbesondere hervorhebt, selbst dann zur Anwendung, wenn die einem Miterben gehörige Sache vermacht worden ist, was nach §. 662 allerdings stattfinden kann. Das Legat müßte in diesem Falle geschätzt, und der Werth desselben unter sämmtliche Miterben nach Maß ihrer Erbtheile vertheilt werden.

---

[1]) Vgl. die Entscheidung des oberst. Gerichtshofes v. 31. Dec. 1856, Z. 12521, in Nr. 77 der allg. österr. Ger. Ztg. J. 1857.

§. 651.

Ein Erblasser, welcher ein Legat einer gewissen Classe von Personen, als: Verwandten, Dienstpersonen oder Armen zugedacht hat, kann die Vertheilung, welchen aus diesen Personen und was Jeder zukommen soll, dem Erben oder einem Dritten überlassen. Hat der Erblasser hierüber nichts bestimmt, so bleibt die Wahl dem Erben vorbehalten.

1. Der Erblasser kann zwar die Bestimmung des Legatars nicht ganz dem Ausspruche eines dritten überlassen (§. 564), allein es genügt, wenn er die Classe der Personen bezeichnet, denen das Vermächtniß zugewendet werden soll. In einem solchen Falle handelt es sich dann noch weiter darum, wie die Vertheilung unter mehrere, mit einem solchen Collectiv-Namen bezeichnete Individuen zu geschehen, und wer sie vorzunehmen habe. Auch hier ist vor allem der Wille des Erblassers maßgebend, und er kann hiermit sowohl den Erben, als einen dritten beauftragen. [1]).

2. Ist dieses nicht geschehen, so kömmt weiter zu untersuchen, ob nicht etwa schon durch das Gesetz eine nähere Bestimmung getroffen worden ist. Eine solche enthält: a) in Ansehung der Verwandten des Erblassers der §. 682; b) hinsichtlich der Dienstboten desselben der §. 683; c) bezüglich der Armen aber finden sich mehrere politische Verordnungen. Diesen zufolge haben alle dem Armen-Institute bestimmt vermachten Legate demselben allein zu verbleiben (Hfd. v. 22. December 1788, Nr. 938 der J. G. S.), und sind Vermächtnisse für Arme überhaupt, wenn der Erblasser sie nicht näher bezeichnet hat, er möge der Civil- oder Militär-Gerichtsbarkeit angehört haben, jederzeit dem Local-Armenfonde zuzuweisen (Hfd. v. 3. Juni 1846, Nr. 964 der J. G. S.) [2]). — Die dem Armen-Institute zufallenden Vermächtnisse an barem Gelde oder in Obligationen, welche die Summe von 500 fl. erreichen, dürfen nicht vertheilt, sondern müssen fruchtbringend angelegt werden (Hof-Entschl. v. 26. April 1786, Kropatscheck'sche G. S. Bd. 10, S. 502), wofern nicht etwa der Erblasser angeordnet hat, daß sie allsogleich auf Hand-Almosen zu verwenden seien (Hfd. v. 2. Jänner 1787 ebd., Bd. 13, S. 449) [3]). Bei den dießfälligen Betheilungen ist nach dem Hfd. vom 3. Juni 1846, Nr. 964 der J. G. S., auch auf die dürftigen Militärparteien Rücksicht zu nehmen. d) Vermächtnisse, denen der Erblasser keine besondere Bedingung beigefügt hat, und die dem Religions-, Studien- oder Schulfonde, oder einer Staats- oder Local-Wohlthätigkeits-Anstalt zufallen, können nach dem Hfkzld. vom 28. Februar und 16. Mai 1836 (pol. G. S. Bd. 64, S. 404 und 532) und vom 27. September 1839 (ebd. Bd. 67, S. 242) ohne Rücksicht auf die Größe des Betrages als ein currentes Einkommen angesehen, und zur Bestreitung des laufenden Aufwandes verwendet werden. e) Unbestimmte, der Geistlichkeit auf fromme Werke legirte Summen sollen in Fällen, wo dieselben zur Rettung und Ruhe der

---

[1]) In diesem Sinne verfügt schon das Hfd. v. 26. Mai 1787 (Kropatscheck'sche G. S. Bd. 13, S. 444): „In Fällen, wo der Erblasser ausdrücklich anordnet, daß die Erben das bestimmte Almosen selbst austheilen, und darüber niemanden Rechenschaft zu geben haben sollen, gibt der Erblasser schon zu erkennen, daß er volles Zutrauen in seine Erben setze, und ihrer Willkür allein überlasse, die Armen mit aller Vorsicht zu wählen; daher können solche Erben gegen die ausgedrückte Anordnung des Erblassers nicht wie andere behandelt werden, für die der Beisatz, daß sie niemand Rechenschaft zu geben hätten, im Testamente nicht zugesetzt worden ist." — Vgl. auch das Hfd. v. 9. Juli 1806 in der pol. G. S. Bd. 26, S. 96.

[2]) Hierdurch scheinen die früheren Anordnungen aufgehoben worden zu sein, vermöge welcher die Legate, die ohne alle Bestimmung den Armen überhaupt vermacht worden sind, zur Hälfte dem Invalidenfonde abgeführt werden mußten, namentlich wenn der vermachte Betrag 25 fl. überstieg (Hfd. v. 6. September 1754, in der Kropatscheck'schen G. S. Bd. 2, S. 399; Hfd. v. 1. Juli 1769; — Hfkrgsr. Circ. vom 23. December 1801 und Hfkrgsr. Vdg. v. 22. December 1807, H. 943).

[3]) Für Wien und das flache Land von Niederösterreich wurde durch ein Hfd. vom 28. October 1790 (pol. G. S. Bd. 1, S. 116) die Bestimmung getroffen, daß alle dem Armen-Institute zugedachten Vermächtnisse, wenn der Erblasser nicht etwa solche gleich zu vertheilen angeordnet hat, in den öffentlichen Fonds fruchtbringend angelegt, und nur die abfallenden Zinsen zur Vertheilung angewendet werden sollen. Ebenso bestimmt ein Hfd. v. 13. October 1787 für Galizien (Kropatscheck'sche G. S. Bd. 13, S. 450), daß bei allen Vermächtnissen, welchen der Geber keine ausdrückliche Bestimmung der Vertheilung angehängt hat, ohne Unterschied des Betrages die ganze Summe auch unter 500 fl. in öffentlichen Fonds auf Zinsen angelegt werden solle, damit sodann bloß die davon abfallenden Interessen unter die Armen vertheilt werden, weil auf die Zukunft mehr, als auf den gegenwärtigen Augenblick zu denken sei.

Seele des Erblassers überhaupt, und nur im allgemeinen bestimmt sind, simpliciter, der Betrag bestehe, worin er wolle, der Absicht des Erblassers gemäß sogleich ausgefolgt[1]), und zu $1/3$ auf heilige Messen, zu $2/3$ zur Vertheilung von Almosen an Arme verwendet, in allen andern Fällen aber, wo dergleichen Vermächtnisse diese Widmung nicht haben, sonst aber unbestimmt sind, im ganzen Betrage fruchtbringend angelegt werden (Hfkzld. v. 19. Jänner 1809, pol. G. S. Bd. 32, S. 3; Hfd. v. 1. März 1809, Nr. 885 der J. G. S., und Hfkzld. v. 17. September 1812, Nr. 1006 ebd.). f) Vermächtnisse für Militärarme sind nach der Hfkrgsr. Vdg. v. 30. April 1846, D. 1152, Nr. 21 der Mil. Ges. Smlg., an alle armen Militärparteien in dem General-Commando-Bezirke, in welchem der Erblasser starb, zu vertheilen.

3. Vermächtnisse, welche für Hausarme, oder auch unter dem Ausdrucke „zur Vertheilung unter Arme" vermacht werden, sind, wenn nicht im Testamente ausdrücklich jemand zur Vertheilung eines solchen Vermächtnisses bestimmt wird, von den ernannten Erben, Testaments-Executoren, Curatoren oder Vormündern und Pfarrern nicht zu vertheilen, sondern zur Behörde zu erlegen, damit sie nicht nur dem Willen des Erblassers gemäß, sondern auch an wirklich dürftige Hausarme, die der politischen Landesstelle, von welcher alle Armenanstalten geleitet werden, am besten bekannt sind, zweckmäßig vertheilt werden können (a. h. Entschl. v. 16. Februar 1786, erneuert durch die Kundm. der nied. österr. Regierung vom 14. November 1801, pol. G. S. Bd. 16, S. 179); in Fällen aber, wo jener, der die angeordnete Gabe unter die Armen zu vertheilen haben soll, im Testamente ausdrücklich benannt ist, kömmt diesem zwar die Vertheilung zu, es ist jedoch der politischen Landesbehörde jedesmal ein namentliches Verzeichniß der wirklich betheilten Armen zu überreichen, und darin sowohl der verabreichte Betrag, als die Abhörungs-Nummer der betheilten Partei beizufügen, daher, wenn einem noch nicht abgehörten Armen etwas zufließen sollte, derselbe zur vorschriftmäßigen Abhörung[2]) an seine Armen-Bezirks-Direction zu weisen ist. Nur der einzige Fall wurde ausgenommen, wenn der Erblasser den Vertheiler des Vermächtnisses ausdrücklich von der Pflicht, sich über die Vertheilung gegen irgend jemand auszuweisen, losgezählt hat, wo sodann derselbe nur ein Verzeichniß ohne Abhörungsnummer beizubringen verpflichtet erscheint.

4. Hat jemand seine Seele zum Erben eingesetzt, und sonst keine nähere Bestimmung getroffen, so wird nach dem Hfklzd. v. 17. September 1812, Nr. 1006 der J. G. S., ein Drittheil des Nachlasses auf h. Messen verwendet, zwei Drittel aber werden dem Local-Armeninstitute, mit der Verpflichtung zugewiesen, daß die Armen für den Verstorbenen zu beten haben. Dasselbe gilt von Vermächtnissen, welche jemand ganz allgemein zur Ruhe oder Rettung seiner Seele angeordnet hat.

5. Bei allen übrigen Vermächtnissen bleibt, wenn der Erblasser über die Art der Vertheilung nichts bestimmt hat, dem Erben die Wahl vorbehalten, da ihm überhaupt nach §. 817 die Vollziehung des letzten Willens obliegt.

§. 652.

Substitutionen bei Vermächtnissen.

Der Erblasser kann bei einem Vermächtnisse eine gemeine oder fideicommissarische Substitution anordnen; dabei sind die in dem vorigen Hauptstücke gegebenen Vorschriften anzuwenden.

1. Wie bei Erbeseinsetzungen kann auch bei Vermächtnissen eine gemeine sowohl als eine fideicommissarische Substitution angeordnet werden, welche

---

[1]) Sie heißen dann Manual-Legate, im entgegengesetzten Falle Stiftungssummen.

[2]) Vgl. hierüber mein Handbuch der österr. Verwaltungs-Gesetzkunde. 3. Aufl. Bd. 2, S. 224.

nach den §§. 604—607 und 615, oder nach den §§. 608—615 zu beurtheilen kömmt.

2. Die gemeine Substitution erlischt nach §. 615, sobald der eingesetzte Erbe die Erbschaft angetreten hat; bei Vermächtnissen findet aber keine Antretung dieser Art statt; immerhin wird aber der Legatar von dem ihm zugefallenen Vermächtnisse in Kenntniß gesetzt (§. 817), und erhält dadurch Gelegenheit, sich über die Annahme desselben zu erklären (§. 689), wenn er gleich die Herausgabe der vermachten Sache noch nicht sogleich fordern kann (§. 685).

§. 653.

Gegenstände eines Vermächtnisses.

Alles, was im gemeinen Verkehr steht: Sachen, Rechte, Arbeiten und andere Handlungen, die einen Werth haben, können vermacht werden.

§. 654.

Werden Sachen vermacht, die zwar im gemeinen Verkehre stehen, die aber der Legatar zu besitzen für seine Person unfähig ist, so wird ihm der ordentliche Werth vergütet.

1. Gegenstand des Vermächtnisses kann alles sein, was einen Werth hat, und im gemeinen Verkehre steht; also: körperliche Sachen aller Art, und zwar sowohl gegenwärtig schon existirende, als auch künftig erst zur Existenz gelangende; ferner unkörperliche Sachen (Rechte), die nicht mit dem Tode des Berechtigten erlöschen; endlich Arbeiten und Handlungen, die geleistet werden können und nicht unerlaubt sind (vgl. §. 878)[1]).

2. Ist die vermachte Sache dem gemeinen Verkehre überhaupt entzogen (vgl. Bd. I, S. 434 d. W.), so ist das Vermächtniß wegen Unmöglichkeit der Leistung (vgl. §. 878) schon an und für sich ungiltig, und begründet für den Legatar auch keinen Anspruch auf Vergütung des allfälligen Werthes der Sache, weil sich ein solcher (nach §. 303) eigentlich gar nicht erheben läßt. Wäre der vermachte Gegenstand erst nach Erklärung des letzten Willens dem Verkehre entzogen worden, so ist es (zufolge der Analogie aus §. 880) ebenso viel, als wenn das Vermächtniß gar nicht errichtet worden wäre.

3. Ist nur der Legatar für seine Person die vermachte Sache zu besitzen unfähig (vgl. Bd. I, S. 435 d. W.), so bestimmt das Gesetz — welches überhaupt von dem Grundsatze ausgeht, den Willen des Erblassers auf das möglichste in Erfüllung zu bringen (§. 558) — daß dem Legatar der ordentliche Werth (vgl. Bd. I, S. 391 d. W.) der Sache vergütet werde.

4. Ebenso wenig steht die Besitzunfähigkeit des Onerirten der Giltigkeit des Vermächtnisses entgegen, da nicht er, sondern der Legatar die vermachte Sache zu erwerben berufen ist.

§. 655.

Allgemeine Auslegungsregel bei Vermächtnissen.

Worte werden auch bei Vermächtnissen in ihrer gewöhnlichen Bedeutung genommen; es müßte denn bewiesen werden, daß der Erblasser mit gewissen Ausdrücken einen ihm eigenen besonderen Sinn zu verbinden gewohnt gewesen ist; oder, daß das Vermächtniß sonst ohne Wirkung wäre.

1. Um den Willen des Erblassers so genau als möglich erfüllen zu können, muß derselbe vorerst gehörig erforscht und festgestellt werden. Waltet darüber kein

---

[1]) Hierher wäre auch das Vermächtniß der Dienstbelassung zu zählen, welches dann eintritt, wenn der Erblasser verfügt, daß der Erbe seine Dienerschaft im Dienste bei sich zu behalten habe. Die Dienstleute erlangen dadurch ein Recht auf die beim Erblasser genossenen Dienstes-Emolumente; doch ist das Legat ein bedingtes, weil dem Legatar zugleich die Verpflichtung obliegt, die entsprechenden Dienste zu leisten, so daß eine Verweigerung derselben, oder jene Handlungen, die einer solchen Dienstesverweigerung gleichkommen (z. B. fortwährende Trunkenheit) als eine auflösende Bedingung zu betrachten wären. Vgl. Dr. v. Wildner: Das Legat der Dienstbelassung (Jurist, Bd. 14, S. 413).

Zweifel ob, so ist er, versteht sich insofern er nichts gesetzwidriges enthält, auf das gewissenhafteste zu befolgen [1]), wenn auch die Triebfeder des Erblassers unbekannt wäre, oder die getroffene Verfügung mit seiner gewohnten Handlungsweise im Widerspruch stünde.

2. Ist dagegen der Wille des Testators nicht klar und deutlich ausgedrückt, so muß man zur Auslegung seine Zuflucht nehmen. Hierbei ist im allgemeinen wie bei der Auslegung der Gesetze (vgl. I. Bd. S. 44—47 d. W.) vorzugehen, denn auch das Legat ist ein in Worten ausgedrückter Wille (des Erblassers), dessen wahre Bedeutung ermittelt werden soll. Was nun das grammatische Element der Auslegung anbelangt, so sind die von dem Erblasser gebrauchten Worte der Regel nach in ihrer gewöhnlichen Bedeutung aufzufassen, weil er diese vor Augen gehabt haben mußte, wenn er sich auch für andere verständlich ausdrücken wollte. Eine Ausnahme würde nur dann Platz greifen, wenn sich erweisen ließe, daß der Testator mit gewissen Ausdrücken einen ihm eigenen besonderen Sinn zu verbinden gewohnt war, z. B. wenn er seine bloß vergoldete Dose stets als eine goldene zu bezeichnen pflegte. Dieser Beweis könnte allenfalls durch Zeugen, oder aus anderweitigen schriftlichen Bemerkungen des Erblassers geführt werden, insbesondere aus solchen, auf welche er sich in seinem letzten Willen selbst bezogen hat (§. 582).

3. Das logische Element der Auslegung liegt in der Absicht des Erblassers, welche aus dem Zusammenhange der von ihm getroffenen Anordnungen u. s. w. ermittelt werden muß. Hierbei ist im allgemeinen die Absicht anzunehmen, dem bedachten auch wirklich einen bestimmten Vortheil zuzuwenden; deßhalb sind Vermächtnisse so auszulegen, daß sie von Wirksamkeit seien (vgl. auch §. 914) [2]).

4. Wäre aber die Verfügung nicht zweifelhaft, sondern klar und deutlich, wenngleich gesetzwidrig oder in sich widersprechend, so könnte im Wege der Auslegung nicht etwas anderes an deren Stelle gesetzt, sondern sie müßte für ungiltig und unwirksam angesehen werden.

5. Die besonderen im Gesetze enthaltenen Auslegungsregeln für Vermächtnisse beziehen sich theils auf den Gegenstand derselben (§§. 656 bis 680), theils auf die bedachte Person (§§. 681 bis 683).

§. 656.

Besondere Vorschriften über das Vermächtniß; a) von Sachen einer gewissen Gattung;

Hat der Erblasser eine oder mehrere Sachen von gewisser Gattung, aber ohne eine nähere Bestimmung vermacht, und sind mehrere solche Sachen in der Verlassenschaft vorhanden, so steht dem Erben die Wahl zu. Er muß aber ein Stück wählen, wovon der Legatar Gebrauch machen kann. Wird dem Legatar überlassen, Eine von den mehreren Sachen zu nehmen oder zu wählen, so kann er auch die beste wählen.

§. 657.

Wenn der Erblasser eine oder mehrere Sachen von gewisser Gattung ausdrücklich nur aus seinem Eigenthume vermacht hat, und es finden sich dergleichen gar nicht in der Verlassenschaft, so verliert das Vermächtniß seine Wirkung. Finden sie sich nicht in der verordneten Menge, so muß sich der Legatar mit den vorhandenen begnügen.

§. 658.

Vermacht der Erblasser eine oder mehrere Sachen von gewisser Gattung nicht ausdrücklich aus seinem Eigenthume, und es finden sich dergleichen nicht in der Verlassenschaft, so muß der Erbe sie dem Legatar in einer, dessen Stande und Bedürfnissen angemessenen Eigenschaft verschaffen. Das Legat einer Summe Geldes verbindet den Erben zur Zahlung derselben, ohne Rücksicht, ob bares Geld in der Verlassenschaft vorhanden sei oder nicht.

---

[1]) S. Hfkzld. vom 16. November 1826, pol. G. S. Bd. 54, S. 228.

[2]) Vgl. die Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 17. Dec. 1856, Z. 11614, in dem in Nr. 36 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1857, und in Glaser's u. Unger's Samlg. Nr. 251 mitgetheilten Rechtsfalle, wo es sich um die Auslegung des vom Testator gebrauchten Ausdruckes „gesetzliche Erben" handelte.

§. 659.

Der Erblasser kann die Auswahl, welche Sache aus mehreren der Legatar haben soll, auch einem Dritten überlassen. Schlägt sie dieser aus, oder ist er vor getroffener Auswahl gestorben, so bestimmt die Gerichtsbehörde das Legat mit Rücksicht auf den Stand und das Bedürfniß des Legatars. Diese gerichtliche Bestimmung tritt auch in dem Falle ein, daß der Legatar vor der ihm überlassenen Auswahl verstorben ist.

1. Hat der Erblasser eine oder mehrere Sachen von gewisser Gattung (z. B. ein Pferd, eine Uhr, 10 Eimer Wein) vermacht (legatum generis), so kömmt vorerst zu unterscheiden, ob er sie ohne eine nähere Bestimmung oder ausdrücklich nur aus seinem Eigenthume vermacht hat. Im ersten Falle müssen sie dem Legatare geleistet werden, ohne Rücksicht, ob sie in der Verlassenschaft vorhanden sind oder nicht, so daß unter der letztgedachten Voraussetzung der Onerirte verpflichtet wird, das fehlende (wenn sich z. B. nur 5 Eimer Wein im Nachlasse vorfinden, das Vermächtniß aber auf 10 Eimer lautet) oder die ganze abgängige Sache (z. B. ein Pferd, eine Uhr) dem Legatare anderswoher zu verschaffen. Hierbei ist, damit das Vermächtniß nicht wirkungslos werde (§. 655), auf den Stand und die Bedürfnisse des Legatars Rücksicht zu nehmen (§. 658). Die Anschaffung steht also zwar allerdings dem Onerirten zu, aber er muß solche Sachen beischaffen, wovon der Bedachte Gebrauch machen kann. Ist dagegen eine Sache von derjenigen Gattung, auf welche das Vermächtniß lautet, in der Verlassenschaft vorhanden, so kömmt sie dem Legatare auszuliefern, weil doch in der Regel anzunehmen ist, daß der Erblasser nur über die in seinem Eigenthume befindlichen (und nicht über fremde) Sachen verfügt habe.

2. Eine weitere Bestimmung ist aber dann nothwendig, wenn mehrere solche Sachen in dem Nachlasse vorfindig sind. Hier handelt es sich nämlich um die Auswahl des zu leistenden Stückes. Auch hierüber entscheidet vor allem der Wille des Testators. Hat er die Wahl dem Erben zugesprochen, so ist sie dieser auch vorzunehmen berechtigt, dabei aber ohne Zweifel auch an die Vorschrift des §. 656 gebunden, vermöge welcher er ein Stück wählen muß, wovon der Legatar Gebrauch machen kann. — Wird die Wahl ausdrücklich dem Legatare überlassen (Wahlvermächtniß), so hebt der Schlußsatz des §. 656 insbesondere hervor, daß er auch das beste wählen könne, und es müssen ihm zum Behufe der vorzunehmenden Wahl alle in dem Nachlasse vorhandenen Stücke der bezeichneten Gattung vorgewiesen werden. Ebenso kann der Erblasser die Auswahl, welche aus mehreren Sachen der Legatar haben soll, einem dritten überlassen (§. 659), der aber hierin wohl auch an die oberwähnte Vorschrift des §. 656 gebunden sein dürfte. — Hat der Erblasser gar nichts darüber bestimmt, wem die Auswahl der zu verabreichenden Sache zustehen solle, so gebührt sie nach unserem Gesetze (§. 656) dem Erben (Onerirten), wohl im Einklange mit §. 906, welcher für den Fall, daß ein Versprechen auf mehrere Arten erfüllt werden kann, dem Verpflichteten das Wahlrecht zuerkennt. Der Erbe muß auch hier ein Stück wählen, wovon der Legatar Gebrauch machen kann.

3. Das dem Legatare oder einem dritten eingeräumte Wahlrecht wird nach unserem Gesetze als ein höchstpersönliches angesehen, weil zu vermuthen ist, daß der Erblasser bei seiner dießfälligen Bestimmung auf die Kenntnisse, die Ehrlichkeit und die Discretion der dazu berufenen Personen Rücksicht genommen habe. Ist also der Legatar oder der dritte zur Auswahl berufene vor derselben gestorben, oder hat der letztere die Wahl ausgeschlagen, so tritt die unbefangene Gerichtsbehörde an die Stelle der Wahlberechtigten (§. 659), und bestimmt das Legat mit Rücksicht auf den Stand und das Bedürfniß des Legatars (vgl. §§. 656 und 658).

4. Eine bestimmte Frist, binnen welcher das Wahlrecht ausgeübt werden muß, hat das Gesetz nicht angegeben; da nun nach §. 685 alle Vermächtnisse, bei welchen nicht etwas anderes festgesetzt ist, erst nach einem Jahre, von dem Tode des Erblassers, gefordert werden können, dann aber auch entrichtet werden müssen,

so dürfte für den Legatar allerdings das Recht begründet sein, den Erben oder einen zur Auswahl berufenen dritten, wenn er sich diesem Auftrage unterzogen hat, innerhalb des oben angedeuteten Termines zur Abgabe seiner Erklärung zu verhalten. Aber auch anderseits, wenn dem Legatare das Wahlrecht zusteht, dürfte der Erbe befugt sein, binnen eben derselben Frist auf die Ausübung desselben zu dringen, da, wie Nippel (Erläut. Bd. 4, S. 299) bemerkt, der Zahlungstag der Regel nach für Gläubiger und Schuldner derselbe ist, und da der Gläubiger, wenn er zögert, die Zahlung nach verstrichener Zahlungsfrist anzunehmen, die widrigen Folgen seines Versäumnisses zu tragen hat (§. 1419). Die Sanction für die Erfüllung des dem Legatar zu gebenden Auftrages kann nicht füglich in etwas anderem bestehen, als daß dem Erben überlassen werde, welche Sache er abtragen wolle; denn der Erbe leistet hiermit das, was ihm der Erblasser aufgetragen hat, und trifft seine Wahl ein Stück, welches der Legatar nicht gewählt haben würde, so muß sich dieser letztere diese widrige Folge gefallen lassen [1]).

5. Von der einmal getroffenen Wahl darf in der Regel einseitig nicht mehr abgegangen werden (Anal. aus §. 906), es wäre denn, daß dem wahlberechtigten Legatare oder dem dritten, der die Auswahl vorzunehmen hatte, nicht alle Stücke vorgezeigt wurden.

6. Hat der Erblasser eine oder mehrere Sachen ausdrücklich nur aus seinem Eigenthume vermacht, so gebühren sie dem Legatare nur dann und insoweit, als sie sich in der Verlassenschaft wirklich vorfinden (§. 657); dieß ist gleichsam die Bedingung, unter welcher sie dem Vermächtnißnehmer zugewendet wurden, und der Erbe kann nicht verhalten werden, das mangelnde zu ergänzen oder die abgängige Sache anderswoher zu beschaffen. — In Ansehung der Auswahl, wenn mehrere Stücke derselben Gattung in dem Nachlasse vorhanden sind, gelten auch hier die unter Z. 2—5 angeführten Grundsätze.

7. Das Legat einer Summe Geldes verbindet den Erben zur Zahlung derselben, ohne Rücksicht, ob bares Geld in der Verlassenschaft vorhanden sei oder nicht (§. 658), weil solches durch Veräußerung von einzelnen Erbschaftsstücken immer herbeigeschafft werden kann [2]); und der Legatar ist durchaus nicht verpflichtet, derlei Gegenstände etwa anstatt des baren Geldes anzunehmen (§. 1413).

§. 660.

b) Das Vermächtniß einer bestimmten Sache;

Das Vermächtniß einer bestimmten Sache kann von dem Legatar, wenn es in einer oder in verschiedenen Anordnungen wiederholt wird, nicht zugleich in Natur und dem Werthe nach verlangt werden. Andere Vermächtnisse, ob sie gleich eine Sache der nämlichen Art oder den nämlichen Betrag enthalten, gebühren dem Legatar so oft, als sie wiederholt worden sind.

§. 661.

Das Vermächtniß ist ohne Wirkung, wenn das vermachte Stück zur Zeit der letzten Anordnung schon ein Eigenthum des Legatars war. Hat er es später an sich gebracht, so wird ihm der ordentliche Werth bezahlt. Wenn er es aber von dem Erblasser selbst und zwar unentgeltlich erhalten hat, ist das Vermächtniß für aufgehoben zu halten.

1. Das Vermächtniß einer bestimmten Sache (legatum speciei) ist dann vorhanden, wenn dieselbe nicht nur der Gattung nach (z. B. ein Pferd), sondern individuell (z. B. meine goldene Repetiruhr) bezeichnet erscheint. Hierbei ist zu unterscheiden, ob die vermachte Sache zur Zeit der Errichtung des letzten Willens ein Eigenthum des Erblassers war oder nicht. Im ersten Falle gebührt sie dem Legatare, wenn nicht ein stillschweigender Widerruf dadurch stattgefunden hat, daß

---

[1]) S. Nippel, a. a. O. S. 300.

[2]) Anders wäre es, wenn der Erblasser z. B. angeordnet hätte: „A soll die in meinem Schreibpulte befindliche Rolle Ducaten erhalten," und sich eine solche in dem Nachlasse nicht vorfindet.

der Erblasser die zugedachte Sache veräußert und nicht wieder zurückerhalten oder sie auf solche Art in eine andere verwandelt hat, daß sie ihre vorige Gestalt und ihren vorigen Namen verliert (§. 724). Wäre sie dagegen auf andere Weise abhanden gekommen, z. B. in Folge einer Veräußerung, die auf gerichtliche Anordnung geschehen ist, so muß dem Legatare der ordentliche Werth derselben bezahlt werden, bei dessen Bestimmung auf die Zeit des Anfalles (§. 684) Rücksicht zu nehmen kommt [1]). Eine Ausnahme greift nur dann Platz, wenn der Erblasser selbst die vermachte Sache schon bei seinen Lebzeiten unentgeltlich auf den Legatar übertragen hat; denn in diesem Falle wird angenommen, daß die unentgeltliche Ablieferung des Gegenstandes bloß deßhalb geschah, um dasjenige, was erst nach dem Tode des Testators erfolgen sollte, schon früher ins Werk zu setzen. Hätte dagegen der Legatar die vermachte Sache von einem andern, an den sie der Erblasser nicht selbst und freiwillig veräußert hat, vor oder nach dem Ableben des letzteren entgeltlich oder unentgeltlich erhalten, so besteht das Legat aufrecht, und muß nach Möglichkeit dadurch erfüllt werden, daß dem Legatar der ordentliche Werth desselben ersetzt wird [2]).

2. War die Sache zur Zeit der letztwilligen Anordnung ein Eigenthum des Legatars, so ist das Vermächtniß gleich Anfangs ohne Wirkung, da man niemanden seine eigene Sache überlassen kann; und es bleibt wirkungslos, wenn auch der Vermächtnißnehmer später die Sache veräußert hätte, weil eine ursprünglich ungiltige Willens-Erklärung die später erfolgte Aufhebung des Hindernisses nicht giltig macht (Anal. aus §. 576). Eine Ausnahme würde dann eintreten, wenn der Erblasser ausdrücklich die Bedingung gesetzt hätte, es solle dem Legatare, wenn er z. B. sein Haus Schulden halber verkaufen müßte, dieses wieder zurückverschafft werden [3]).

3. Der dritte Fall, da die vermachte Sache zur Zeit der Errichtung des Vermächtnisses weder ein Eigenthum des Erblassers, noch ein Eigenthum des Legatars war, sondern einem dritten gehörte, wird bei dem nachfolgenden §. 662 erörtert werden.

4. Ist das Vermächtniß einer bestimmten Sache in einer oder in verschiedenen Anordnungen desselben Erblassers mehrmals wiederholt worden, so gebührt es dem Vermächtnißnehmer doch nur einmal, und er kann nicht etwa die vermachte Sache in Natur und zugleich den Werth derselben verlangen, denn es muß hier ein Irrthum oder ein Gedächtnißfehler von Seite des Erblassers vermuthet werden, da eine individuell bestimmte Sache ihrem Begriffe nach eben nur einmal vorhanden ist [4]). Wäre dagegen eine und dieselbe Sache dem Legatare von zwei verschiedenen Erblassern vermacht worden, so könnte er, ungeachtet ihm dieselbe aus dem Nachlasse des einen bereits in natura verabfolgt wurde, dennoch aus dem Nach-

---

[1]) S. Scheidlein (G. v.): Beitrag zur Erläuterung des §. 661 des a. b. G. B. (Zeitschr. für österr. Rechtsgel. 1826, II., S. 158).

[2]) Dagegen kann der substituirte Legatar den Werth der vermachten Sache nicht fordern, wenn der Erblasser dieselbe bei Lebzeiten dem erstberufenen Vermächtnißnehmer verkauft hat, und dieser dann vor dem Erblasser gestorben ist (Entschdg. des obersten Gerichtshofes v. 4. März 1853 in Nr. 130 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1855).

[3]) Nippel behauptet (in seinen Erläut. Bd. 4, S. 309), daß das Legat auch dann convalescire, wenn die vermachte Sache vor dem Tode des Erblassers in des letzteren Eigenthum gelangt ist, weil es nunmehr vollzogen werden könne, da das Wörtchen „schon" darauf hindeutet, daß der Gesetzgeber den Fall vor Augen hatte, wo das vermachte Stück zur Zeit des Todes ein Eigenthum des Legatars ist, und weil auch nach §. 657 das Vermächtniß einer oder mehrerer Sachen von gewisser Gattung giltig ist, wenn solche nur zur Zeit des Todes im Nachlasse vorhanden sind, wiewohl dieß zur Zeit der letzten Anordnung nicht der Fall war. — Hiergegen dürfte aber eingewendet werden können, daß das Wörtchen „schon" nur den Gegensatz zu dem nachfolgenden Falle ausdrücken wollte, daß zwischen dem Gattungsvermächtnisse und dem Vermächtnisse einer bestimmten Sache denn doch ein wesentlicher Unterschied obwaltet, und daß die Ansicht des Verfassers mit dem im Contexte angeführten Grundsatze (des §. 576) im Widerspruche steht.

[4]) Verschieden hiervon ist der Fall, wenn jemandem einmal eine individuell bestimmte Sache (z. B. eine Obligation unter Angabe einer bestimmten Nummer) und das andere Mal nur eine Sache von einer bestimmten Gattung (z. B. eine gleichartige Obligation :c. ohne Angabe einer bestimmten Nummer) hinterlassen wurde. Hier hat der Legatar auf beide Anspruch. Vgl. die Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 24. December 1856, Z. 12086, in Nr. 18 der allg. österr. Ger. Ztg. J. 1857.

lasse des andern den Werth derselben verlangen, wofern nur das Vermächtniß überhaupt nach §. 662 giltig war[1]).

5. Das Vermächtniß einer Sache von bestimmter Gattung, einer Summe oder Quantität gebührt dem Legatar so oft, als es wiederholt ist, ohne Unterschied, ob dieß in einer und derselben oder in verschiedenen Anordnungen geschehen, und ob sich derlei Gegenstände in der erforderlichen Menge im Nachlasse vorfinden oder nicht[2]).

6. Sind mehrere speciell bezeichnete Sachen alternativ vermacht worden (z. B. der A soll meine Sackuhr oder meine goldene Dose erhalten), so dürften in Ansehung der Wahl dieselben Grundsätze gelten, welche oben rücksichtlich des Gattungsvermächtnisses erörtert worden sind. Uebrigens würde hier der Legatar bei der Unbestimmtheit, in welcher der eigentliche Gegenstand des Vermächtnisses denn doch gelassen wurde, wenn er auch eine der vermachten Sachen (z. B. die Uhr) von dem Testator noch bei Lebzeiten desselben unentgeltlich erhalten hätte, nichtsdestoweniger die andere (z. B. die Dose in obigem Beispiele) aus dem Vermächtnisse zu fordern berechtiget sein.

§. 662.

c) [das Vermächtniß] einer fremden Sache;

Das Vermächtniß einer fremden Sache, die weder dem Erblasser, noch dem Erben oder Legatar, welcher sie einem Dritten leisten soll, gehört, ist wirkungslos. Gebührt den erwähnten Personen ein Antheil oder Anspruch an der Sache, so ist das Vermächtniß nur von diesem Anspruche oder Antheile zu verstehen. Ist die vermachte Sache verpfändet oder belastet, so übernimmt der Empfänger auch die darauf haftenden Lasten. Wenn aber der Erblasser ausdrücklich verordnet, daß eine bestimmte fremde Sache gekauft, und dem Legatar geleistet werden solle, der Eigenthümer hingegen sie um den Schätzungspreis nicht veräußern will, so ist dem Legatare dieser Werth zu entrichten.

1. Der vorstehende §. behandelt den dritten, oben S. 268 erwähnten Fall, wenn die vermachte Sache weder dem Erblasser noch dem Vermächtnißnehmer selbst gehört. Hierbei kömmt zuvörderst wieder zu unterscheiden, ob sie ein Eigenthum des Onerirten (Erben oder Legatars) ist oder nicht. Im ersten Falle ist das Vermächtniß giltig. Die Erfüllung desselben ist nämlich die Bedingung, von welcher die Erlangung des damit belasteten Erbtheiles oder Legates abhängig gemacht ist. Der Legatar kann also die Herausgabe der vermachten Sache verlangen. Schlüge der onerirte Erbe in diesem Falle den ihm zugedachten Erbtheil aus, so ginge das Vermächtniß, wie es scheint, in das einer fremden Sache im engeren Sinne (s. unten Z. 2) über, und käme nach den dafür festgestellten Grundsätzen zu beurtheilen; wollte aber der Legatar das beschwerte Vermächtniß nicht annehmen, so käme §. 650 zur Anwendung.

2. Im zweiten Falle, wenn nämlich die legirte Sache auch nicht das Eigenthum des Onerirten, sondern einer dritten Person (eine fremde im engeren Sinne) ist, erklärt unser Gesetz das Vermächtniß in der Regel für wirkungslos. Nach römischem Rechte mußte hier unterschieden werden, ob der Erblasser wußte, daß die von ihm vermachte Sache eine fremde ist oder nicht. Im letzten Falle war das Legat, wie nach unserem Gesetze, ohne Wirkung, weil anzunehmen ist, daß der Erblasser die bezügliche Anordnung nicht getroffen hätte, wenn er nicht in jenem Irrthume befangen gewesen wäre; im ersten Falle dagegen wurde der Wille des Erblassers dahin gedeutet, daß die fremde Sache gekauft, und dem Legatar geleistet werden solle; nach dem österreichischen Gesetze ist dieß nur dann der Fall, wenn der Wille des Erblassers klar

---

[1]) S. Schuster (Dr. M.): Ueber das Vermächtniß des Heiratsgutes in der Zeitschrift für österr. Rechtsgel. 1831, II., S. 107, insbesondere S. 130.

[2]) In Folge einer Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 31. October 1851, Z. 4281, in Nr 130 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1855 wurde auf die zweimalige Entrichtung einer Geldsumme erkannt, welche einmal in einem Testamente und das andere Mal in einem sieben Monate später errichteten Codicille, beide Male mit dem Zusatze „per una sol volta" vermacht war, weil der Ausdruck per una sol volta nur als Gegensatz von legato annuo aufgefaßt wurde.

vorliegt, daß die fremde Sache dem Legatare verschafft werden solle [1]); vermuthlich weil man die allerdings häufig zu erwartenden Streitigkeiten über das *Wissen* und *Nichtwissen* des Testators hintanhalten wollte.

3. Sollte in dem vorausgesetzten Falle der Eigenthümer der vermachten Sache dieselbe gar nicht, oder nur um einen unverhältnißmäßigen hohen Preis veräußern wollen, so muß der Wille des Erblassers *nach Möglichkeit* dadurch erfüllt werden, daß dem Legatar der ordentliche Schätzungswerth der Sache (§. 306) von dem Onerirten entrichtet wird; einen *außerordentlichen* Preis dafür zu bezahlen, kann dieser nicht verhalten werden.

4. Gebührt dem Erblasser oder dem Onerirten ein *Antheil* oder *Anspruch*, z. B. der Fruchtgenuß an der vermachten (fremden) Sache, so ist das Vermächtniß von diesem Antheile oder Anspruche zu verstehen, und er geht somit auf den Legatar über.

5. Ist die vermachte Sache *verpfändet* oder *belastet*, so mußte sie nach römischem Rechte, insofern der Erblasser um diese Beschaffenheit derselben gewußt hat, von dem Erben eingelöst werden; im entgegengesetzten Falle lag dem Onerirten (wenigstens in der Regel) diese Verpflichtung nicht ob. Nach österreichischem Rechte soll dagegen, wie in dem unter Z. 2 angeführten Falle, jenes Wissen oder Nichtwissen keinen Unterschied begründen, und nur *dieses* wollte, wie uns scheint, in dem §. 662 durch die Worte „so übernimmt der Empfänger auch die darauf haftenden Lasten“ hervorgehoben werden; eine Bestimmung, die sich zwar schon aus den §§. 442, 443 und 686 ergibt, die aber hier deßhalb noch insbesondere aufgenommen wurde, weil der Gesetzgeber eine von dem älteren Rechte abweichende Verfügung zu treffen für nöthig erachtete. Wir können deßhalb der Ansicht *Nippel's* nicht beipflichten, wenn er (Erläut. Bd. 4, S. 312) behauptet, die Absicht des Gesetzgebers gehe dahin, zu bestimmen, daß der Legatar die auf der legirten Sache haftenden Forderungen „*insoweit zu berichtigen verpflichtet sei, als die Sache dazu hinreicht;*“ — und noch weniger scheint uns die Auslegung *Winiwarter's* (bürgl. Recht, Bd. 3, S. 186) gerechtfertiget, daß hier unter „Lasten“ auch jene Verpflichtungen zu verstehen seien, welche dem *persönlichen*, aus einem bloßen Vertrage entstehenden Rechte eines andern entsprechen, ohne Unterschied, ob der Werth der vermachten Sache zur Bezahlung der darauf haftenden Schulden hinreiche oder nicht. Wir glauben vielmehr die Wirkung der in Frage stehenden Anordnung lediglich darin zu finden, daß der Legatar die Ausübung der einem dritten an der vermachten Sache zustehenden *dinglichen* Rechte (Pfandrechte, Dienstbarkeiten u. dgl.) gestatten müsse, wie wir schon Bd. I, S. 527 d. W. erörtert haben [2]).

§. 663.

d) [das Vermächtniß] einer Forderung;

Das Vermächtniß einer Forderung, die der Erblasser an den Legatar zu machen hat, verpflichtet den Erben, den Schuldschein zurückzustellen, oder dem Legatar die Befreiung von der Schuld und den rückständigen Zinsen auszufertigen.

§. 664.

Vermacht der Erblasser Jemanden eine Forderung, die er an einen Dritten zu stellen hat; so muß der Erbe die Forderung sammt den rückständigen und weiter laufenden Zinsen dem Legatar überlassen.

---

[1]) S. *Unger*, Erbrecht, S. 297, Anmerkung 12.

[2]) Vgl. auch Mattei, Comment. vol. III, pag. 328 und 329 und die dort angeführten Entscheidungen der Gerichtshöfe. — Dann die Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 30. September 1852, Z. 7964 (allg. österr. Ger. Ztg. J. 1856, Nr. 76), und vom 25. November 1852, Z. 12022 (allg. österr. Ger. Ztg. J. 1853, Nr. 49 und 50). Uebrigens begründet das Vermächtniß einer verpfändeten Sache nur zwischen dem Erben und Legatar ein Rechtsverhältniß; es kann aber den Rechten des Gläubigers nicht präjudiciren. Dieser kann sich daher allerdings an die verpfändete Sache halten, er kann aber auch sein *persönliches Forderungsrecht* gegen die Verlassenschaft, beziehungsweise gegen den Erben (§. 547 des b. G. B.) geltend machen. (Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 18. Mai 1858, Z. 4423, in *Glaser's* und *Unger's* Sammlg. Nr. 570, dann vom 25. November 1852, Z. 12022, in Nr. 49 und 50 der allg. österr. Ger. Ztg. J. 1853 und in Nr. 131 v. J. 1856.) — Der gleichen Ansicht ist auch *Unger*, Erbr. S. 292, Anmrkg. 1.

§. 665.

Das Vermächtniß der Schuld, die der Erblasser dem Legatar zu entrichten hat, hat die Wirkung, daß der Erbe die von dem Erblasser bestimmt ausgedrückte, oder von dem Legatar ausgewiesene Schuld anerkennen, und sie, ohne Rücksicht auf die in der Schuldverschreibung enthaltenen Bedingungen oder Fristen, längstens in der zur Abführung der übrigen Legate bestimmten Zeitfrist berichtigen muß. Den gefährdeten Gläubigern des Erblassers aber kann dessen Anerkennung nicht zum Nachtheile gereichen.

§. 666.

Die Erlassung der Schuld ist nur von den gegenwärtigen nicht auch von den erst nach dem errichteten Vermächtnisse entstandenen Schulden zu verstehen. Wird durch ein Vermächtniß das Pfandrecht, oder die Bürgschaft erlassen; so folgt daraus nicht, daß auch die Schuld erlassen worden sei. Werden die Zahlungsfristen verlängert; so müssen doch die Zinsen fortbezahlt werden.

§. 667.

Wenn der Erblasser einer Person eine Summe schuldig ist, und ihr eine gleiche Summe vermacht, so wird nicht vermuthet, daß er die Schuld mit dem Vermächtnisse habe tilgen wollen. Der Erbe bezahlt in diesem Falle die Summe doppelt; einmal als Schuld und dann als Vermächtniß.

§. 668.

Unter dem Vermächtnisse aller ausstehenden Forderungen sind doch weder die Forderungen aus öffentlichen Credits-Papieren, noch auch die auf einem unbeweglichen Gute haftenden Capitalien, oder die aus einem dinglichen Rechte entstehenden Forderungen begriffen.

1. Das Vermächtniß einer Forderung kann in verschiedener Weise vorkommen; zuerst als ein letztwillig angeordneter Schulderlaß (legatum liberationis) [1]), wenn nämlich eine Forderung, die der Erblasser an den Legatar zu stellen hat, diesem vermacht wird. Eine solche Anordnung kann ausdrücklich oder stillschweigend getroffen werden, z. B. dadurch, daß die Zurückstellung des Schuldscheines (§. 1428) verfügt, oder dem Erben verboten wird, die Schuld einzutreiben. Dagegen ist die bloße Erlassung des Pfandrechtes oder der Bürgschaft noch nicht als ein Erlaß der Schuld selbst anzusehen (§. 666), weil die Hauptforderung ohne die eben erwähnten accessorischen Rechte allerdings noch forstbestehen kann (§§. 449 und 1346). Ein solches Vermächtniß berechtiget daher dem Legatar nur auf die Herausgabe des Pfandstückes, oder auf die Ausfertigung einer Urkunde zu dringen, welche ihn in den Stand setzt, das in den öffentlichen Büchern eingetragene Pfandrecht löschen zu lassen [2]). Ebensowenig ist eine bloße Verlängerung der Zahlungsfrist als ein eigentlicher Schulderlaß anzusehen, sondern sie schützt den Schuldner nur so lange, bis die verlängerte Frist abgelaufen ist und bewirkt nach unserem Rechte nicht einmal die Einstellung des Zinsenbezuges, weil kein Anlaß vorhanden ist, von dem bestimmt ausgedrückten Willen des Erblassers abzuweichen, und die Anordnung desselben über ihren klaren Wortlaut auszudehnen. Ueber den Umfang dieses Vermächtnisses kann nicht leicht ein Zweifel entstehen, wenn der Erblasser die vermachte Forderung genau bezeichnet hat (z. B. dem A erlasse ich die Rückzahlung des Darlehens von 600 fl., welche ich ihm am 12. Jänner 1855 zugezählt habe); allerdings wäre dieß aber möglich, wenn er sich nur allgemeiner Ausdrücke bedient hätte (z. B. dem B erlasse ich, was er mir schuldig ist). Hier stellt das Gesetz (§. 666) die Vermuthung auf, daß darunter nur jene Schulden zu verstehen seien, die zur Zeit der Errichtung des Vermächtnisses schon bestanden, weil der Erblasser in der Regel auch

---

[1]) S. Prockner (Dr. F. K.): Ueber den letztwillig angeordneten Schulderlaß (Zeitschr. für österr. Rechtsgel. 1836, II., S. 30 und 61).

[2]) Durch den Erlaß der Bürgschaft wird für den Vermächtnißnehmer eine Einwendung begründet, mittelst welcher er sich gegen jeden weiteren Anspruch schützen kann, welcher etwa in der Folge aus der (eben durch das Vermächtniß aufgehobenen) Bürgschaft gegen ihn geltend gemacht werden wollte.

nur diese vor Augen haben konnte, und an die später erst entstehenden wahrscheinlich gar nicht dachte [1]). Das in Frage stehende Vermächtniß begründet übrigens für den Legatar das Recht, die Zurückstellung (§. 663) oder Tödtung des ausgestellten Schuldscheines oder die Abschreibung des erlassenen Theilbetrages der Forderung, auf welchen sich die Anordnung des Erblassers etwa nur erstreckt (§. 1428), und die Ausstellung einer löschungsfähigen Urkunde zu verlangen, wenn die bezügliche Forderung in den öffentlichen Büchern eingetragen erscheint. Auch verfügt der §. 663 ausdrücklich, daß mit dem Erlasse der Schuld zugleich die rückständigen Zinsen als erlassen anzusehen seien. Sollte der Nachlaß nicht zureichen, alle Vermächtnisse zu berichtigen, so muß sich jeder Legatar nach §. 698 einen verhältnißmäßigen Abzug gefallen lassen; es würde daher auch bei dem legatum liberationis die Befreiung auf den entsprechenden Theil beschränkt werden müssen; den Gläubigern aber dürfte sie gar nicht zum Abbruche gereichen.

2. Der §. 663 spricht nur von dem Vermächtnisse einer Forderung, welche der Erblasser an den Legatar zu machen hat; es kann aber auch die Schuld, die der Vermächtnißnehmer dem Erben oder einem andern Legatar, oder gar einer dritten, ganz fremden Person zu entrichten hat, den Gegenstand eines Vermächtnisses bilden. In den beiden ersten Fällen kann der mit dem Schulderlasse beschwerte Erbe (oder Legatar) seine (erlassene) Forderung nicht weiter geltend machen, sobald er den ihm zugedachten Erbtheil (das ihm zugedachte Vermächtniß) angenommen hat; im letzten Falle wird der Erbe verpflichtet, den Legatar durch Bezahlung der Schuld an den (dritten) Gläubiger zu befreien, und dieser muß (nach §. 1422) die Bezahlung annehmen [2]).

3. Das Vermächtniß einer Forderung, die der Erblasser an einen dritten zu stellen hat (legatum nominis), ist im Grunde nichts anderes als eine unentgeltliche Cession (§. 1392), welche der Erbe durch die Uebergabe des Schuldscheines, oder nach Umständen durch die Ausfertigung einer intabulationsfähigen Urkunde und durch die Ueberlassung der etwa sonst noch erforderlichen Behelfe ins Werk setzen muß. In diesem Vermächtnisse sind auch die Accessorien der Forderung, wie die rückständigen und weiterlaufenden Zinsen, deren der §. 664 ausdrücklich erwähnt, aber zweifelsohne auch die damit verknüpften Pfand- und Bürgschaftsrechte begriffen. Der Erbe haftet übrigens hier, wie bei der unentgeltlichen Cession, weder für die Richtigkeit noch für die Einbringlichkeit der vermachten Forderung (§. 1397); ist also eine solche gar nicht vorhanden, so ist das Legat ungiltig, und der Legatar kann nicht etwa die Summe, die der Testator als den Betrag der Forderung angegeben hat, von dem Erben verlangen. Ganz verschieden hiervon ist der Fall, wenn jemandem eine bestimmte Summe vermacht und die Forderung dabei nur als Fond angewiesen ist, aus welchem die Zahlung geleistet werden soll. Ein solches Vermächtniß ist kein Vermächtniß einer ausständigen Forderung, und daher von dem Bestande derselben unabhängig. Auch bei diesem Legate dürfte übrigens der erste Satz des §. 666 im Wege der Analogie zur Anwendung kommen, so daß es, in Ermanglung einer bestimmten Bezeichnung, nur von jenen Forderungen zu verstehen sein dürfte, welche zur Zeit des errichteten Vermächtnisses schon bestanden haben.

4. Bezieht sich das Vermächtniß auf alle ausstehenden Forderungen, so sind darunter doch nur, dem gewöhnlichen Sprachgebrauche zufolge, jene Ansprüche zu verstehen, welche sich auf ein persönliches Sachenrecht gründen. Es gehören also nicht dazu: a) die aus einem binglichen Rechte entstehenden Forderungen,

[1]) Immerhin kann aber diese Vermuthung durch entgegengesetzte stärkere Vermuthungsgründe aufgehoben werden (vgl. §. 683). So hatte in einem in Nr. 125 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1861 mitgetheilten Rechtsfalle die Erblasserin in ihrem Testamente „alle sich vorfindenden Schuldforderungen für erloschen erklärt." Der oberste Gerichtshof entschied (mit Urtheil v. 7. Mai 1861, Z. 2590), daß es mindestens zweifelhaft sei, ob die Erblasserin mit dem Ausdrucke „sich vorfindenden" nicht auch schon die künftigen Schulden, die sich erst bei ihrem Ableben vorfinden werden, begreifen wollte, und erblickte daher in der in diesem Sinne gemachten Auslegung des Gerichtes erster und zweiter Instanz keine offenbare Ungerechtigkeit.

[2]) S. Prockner, a. a. O. S. 70.

z. B. Vindicationsrechte, Dienstbarkeitsrechte u. dgl.; b) die auf einem unbeweglichen Gute haftenden Capitalien, weil es bei denselben meistens auf den Zinsengenuß abgesehen ist, und sie oft zur Eintreibung gar nicht geeignet sind; c) die Forderungen aus öffentlichen Creditspapieren; vertreten diese im ordentlichen Umlaufe die Stelle des baren Geldes, so werden sie vielmehr zur Barschaft gerechnet (§. 680); ist dieß aber nicht der Fall, so repräsentiren sie ein zinsentragendes Capital, sind also wie ein solches zu behandeln. Das gleiche dürfte von Privatpapieren gelten, die nach Art der öffentlichen Creditspapiere eingerichtet sind (z. B. Esterhazy'schen Anlehenslosen), sowie von jenen Industriepapieren (Eisenbahnactien, Dampfschifffahrtsactien u. dgl.), welche eigentlich den Antheil an einer gesellschaftlichen Unternehmung beurkunden, während die Banknoten, die im Umlaufe die Stelle des baren Geldes vertreten, ebenfalls unter die Barschaft zu rechnen sein dürften. Zweifelhaft ist bei diesem Legate noch, ob alle zur Zeit des Todes, oder nur die zur Zeit der Errichtung des Vermächtnisses ausständigen Forderungen darunter zu verstehen seien? Nippel (Erläut. Bd. 4, S. 320) und Winiwarter (bürg. Recht, Bd. 3, S. 193) wollen alle zur Zeit des Todes ausstehenden Forderungen darunter begriffen wissen, weil ein solches Vermächtniß eigentlich als ein Gattungsvermächtniß anzusehen ist, bei dem es nach den §§. 656—658 nur darauf ankommt, ob sich Gegenstände der besagten Art in dem Nachlasse vorfinden. Allein nichtsdestoweniger scheint uns die Ansicht Zeiller's (Comment. Bd. 2, S. 612) die richtigere zu sein, welche auch hier die Analogie aus §. 666 zur Anwendung bringt[1]).

5. Das Vermächtniß einer Schuld (legatum debiti) ist dann vorhanden, wenn der Erblasser dem Legatar dasjenige vermacht, was er ihm ohnehin zu entrichten verpflichtet ist[2]). Als ein solches Vermächtniß ist es aber nicht anzusehen, wenn der Erblasser einer Person eine Summe schuldig ist, und ihr eine gleiche Summe vermacht (§. 667), ohne beizufügen, daß er mit dem Vermächtnisse seine Schuld habe tilgen wollen; es wird vielmehr vermuthet, daß das Legat neben der Schuld bestehen sollte, daher die Summe von dem Erblasser doppelt bezahlt werden muß, einmal als Schuld, und einmal als Vermächtniß[3]). Doch läßt jede Vermuthung allerdings einen Gegenbeweis zu, welcher aber von dem Erben geführt werden müßte, der sich von dieser Doppelzahlung befreien will[4]). Ebensowenig darf ein bloßes Schuldbekenntniß (wenn es z. B. in der letztwilligen Anordnung hieße: „dem A bekenne ich als Darlehen 1000 fl. C. M. schuldig zu sein") mit einem Schuldvermächtnisse verwechselt werden[5]). Das letztere nun ist nur dann von

---

[1]) Bei Zeiller ist irrig der §. 664 statt des §. 666 citirt.

[2]) S. den Aufsatz von Prof. Dr. Arndts, Zur Lehre vom Schuldvermächtniß, in der allg. österr. Ger. Ztg. J. 1859, Nr. 10, 11 und 12.

[3]) S. Freudenreich (Ign.): Ist ein Schuldbekenntniß im letzten Willen als ein solches oder als ein Vermächtniß der Schuld anzusehen? (Jurist, Bd. 10, S. 139). — Ob im einzelnen Falle ein Schuldvermächtniß, oder ein bloßes Schuldbekenntniß vorhanden sein, muß aus dem Wortlaute und Geiste der betreffenden Anordnung und aus dem Zusammenhange derselben mit andern Verfügungen des Erblassers entnommen werden. In einem in Nr. 101 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1857 und in Nr. 136 derselben v. J. 1858, so wie in Glaser's und Unger's Sammlg. unter Nr. 369 mitgetheilten Rechtsfalle hatte die Erblasserin unter anderem angeordnet: „da mein Gatte mir 400 fl. dargeliehen hat, verpflichte ich jedes meiner vier Kinder, ihm 100 fl. zurückzuzahlen." Der Todesfall trat am 4. August 1856 ein. Am 5. Jänner 1857 klagte der Gatte auf Zahlung der 400 fl. Die erste Instanz nahm ein Schuldvermächtniß an, und erachtete, daß das Testament nicht bloß ein außergerichtliches Geständniß im Sinne der Gerichtsordnung enthalte. Diese Ansicht hat später auch Prof. Arndts a. a. O. vertheidigt. — Die zweite Instanz war der gegentheiligen Meinung. Das gesetzliche Merkmal des legatum debiti, heißt es in den Entscheidungsgründen, bestehe nicht darin, daß die Schuld nur überhaupt im Testament erwähnt wird, sondern darin, daß die Schuld vermacht wird, und ein Vermächtniß bezeichnet seiner Natur nach eine Begünstigung. Plus sit in legato quam in debito. Die Erblasserin hat sich aber des Ausdruckes „Vermächtniß" bei Erwähnung der von ihrem Gatten dargeliehenen 400 fl. nicht bedient. Auch die Fassung des ganzen Testaments klärt die Sache in diesem Sinne auf; denn die Erblasserin ordnete zuerst einige Legate an, die sie ausdrücklich als solche bezeichnete; dann folgt die Erbseinsetzung, dann die fragliche Stelle. Da nun in dieser Anordnung ein legatum debiti nicht zu erkennen ist, findet auf dieselbe §. 667 (und §. 685) des b. G. B. keine Anwendung. Der oberste Gerichtshof bestätigte mit Erkenntniß vom 27. Mai 1857, Z. 5049, die Entscheidung der zweiten Instanz. — Vgl. auch Unger, Erbr. S. 312, Anmerkung 7.

[4]) Dieser Beweis kann auch aus dem Zusammentreffen von Umständen geführt werden, da im §. 667 des b. G. B. nur eine Vermuthung aufgestellt ist, welche (wie auch §. 683 bestimmt), durch entgegengesetzte stärkere Vermuthungsgründe entkräftet werden kann. S. die Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 30. December 1857, Z. 13085, in Glaser's und Unger's Sammlg. Nr. 493.

[5]) Vgl. die Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 24. December 1856, Z. 12086, in Nr. 18 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1857.

Wirksamkeit, wenn es dem Legatar (der zugleich auch Gläubiger ist) irgend einen Vortheil gewährt; es muß daher auch so ausgelegt werden, daß dieses der Fall sei (§. 655). Wäre demnach die Schuld eine bedingte oder an eine Zeitbestimmung gebunden, so wird sie durch das Vermächtniß in eine unbedingte, verwandelt, und und kann innerhalb der für die Abführung der übrigen Legate festgesetzten Frist (§. 685), wenn sie nicht ohnehin schon früher fällig ist, eingetrieben werden. Der Erbe kann sich dagegen keiner Einwendungen (z. B. der Verletzung über die Hälfte u. dgl.) bedienen, welche ihm sonst, gleichwie dem Erblasser selbst, zugestanden wären; und es würde sogar der Beweis, daß der Legatar gar nichts zu fordern hatte, daß also eigentlich gar keine Schuld existirte, das Vermächtniß nicht ungiltig machen, weil ja der Erblasser dem Erben die Auszahlung des Betrages an den Legatar auftragen kann, ob er ihm gleich gar nichts schuldig ist; ja, vielleicht geflissentlich unter dem Scheine einer Schuldabtragung etwas legirte, damit der Legatar dem Neide der Erben oder anderer nicht bedachter Personen entgehe [1]). Doch ist dieß selbstverständlich nur dann der Fall, wenn der Erblasser den Betrag der Schuld bestimmt ausgedrückt hat (z. B. dem A vermache ich die 1000 fl. C. M., die ich ihm schuldig bin); wäre dieß nicht geschehen (hieße es z. B. bloß: dem A vermache ich, was ich ihm schuldig bin), so müßte ja der Legatar den Betrag der Schuld ausweisen (§. 665), was er der Voraussetzung zufolge nicht vermag. In keinem Falle darf übrigens das Schuldvermächtniß den Gläubigern des Erblassers nachtheilig werden (vgl. §. 953). Reichte also der Nachlaß nicht hin, um sämmtliche Gläubiger und Legatare zu befriedigen, so könnten erstere einen strengen Nachweis des wirklichen Bestandes der Schuld verlangen.

§. 669.

e) [das Vermächtniß] des Heiratsgutes;

Das Heirathsgut kann vermacht werden, entweder um den Gatten von der Zurückzahlung desselben zu befreien, oder um den Erben zu verpflichten, daß er der Gattin die als Heirathsgut eingebrachte Summe oder Sache ohne Beweis und ohne Abzug der darauf verwendeten Kosten abführe. Hier gelten die für andere vermachte Forderungen gegebenen Vorschriften.

§. 670.

Vermacht der Erblasser einer dritten Person ein unbestimmtes Heirathsgut; so versteht man darunter, ohne Rücksicht auf ihr eigenes Vermögen, ein solches Heirathsgut, als der Vater dieser Person bei mittelmäßigem Vermögen nach seinem Stande abzureichen schuldig wäre.

§. 671.

Vermachen Eltern den Töchtern ein Heirathsgut; so wird dasselbe, wofern es nicht ausdrücklich als ein Vorausvermächtniß erklärt worden, in den gesetzlichen oder letztwilligen Erbtheil eingerechnet.

1. Unter Heiratsgut (dos) versteht man nach §. 1218 dasjenige Vermögen, welches von der Ehegattin oder für sie von einem dritten (von den Eltern oder einer fremden Person) dem Manne zur Erleichterung des mit der ehelichen Gesellschaft verbundenen Aufwandes übergeben oder zugesichert wird, dessen Fruchtnießung daher in der Regel, so lange die eheliche Gesellschaft fortgesetzt wird, dem Manne zusteht (§§. 1227 und 1228), welches aber nach dem Tode desselben seiner Ehegattin, und wenn sie vor ihm stirbt, ihren Erben, oder derjenigen Person anheimfällt, welchen es von dem freiwilligen Besteller zugewiesen wurde (§. 1229). Aus dieser Begriffsbestimmung ergibt sich zuvörderst, daß das Vermächtniß des Heiratsgutes sich in das Vermächtniß des Schulderlasses auflöst, wenn es von der Gattin oder dem freiwilligen Besteller dem Manne, der sonst zu dessen Rückzahlung

---

1) S. Zeiller, Comment. Bd. 2, S. 608.

verpflichtet wäre, zugedacht wird [1]); es gelten hier die in den §§. 663 und 666 (s. oben S. 270 d. W.) enthaltenen Bestimmungen.

2. Wird das Heiratsgut von dem Manne seiner Gattin hinterlassen, wozu er natürlich nur dann berechtigt erscheint, wenn der freiwillige Besteller nicht etwa eine andere Verfügung getroffen hat (§. 1229), so ist dieß nichts anderes, als ein Schuldvermächtniß (legatum debiti). Es verbindet den Erben, die als Heiratsgut eingebrachte Summe oder Sache ohne Beweis herauszugeben, und würde nach obigem (S. 273 d. W.) sogar auch dann gelten, wenn gar kein Heiratsgut eingebracht worden wäre, wofern nur in diesem Falle ein bestimmter Betrag angegeben erscheint. Ebenso ist es eine weitere Wirkung dieses Vermächtnisses, daß das Heiratsgut ohne Abzug der auf dasselbe verwendeten Kosten, welche sonst (nach §§. 1227 und 1228 in Verbindung mit §. 517) abgerechnet werden könnten, herausgegeben werden muß, während anderseits aus dem letzten Satze des §. 665 hervorgeht, daß die in demselben enthaltene Anerkennung der Schuld den gefährdeten Gläubigern des Mannes nicht zum Nachtheile gereichen könne.

3. Vermacht der Erblasser einer dritten Person ein Heiratsgut, so dürfte wohl zu unterscheiden sein, ob dasselbe mit Rücksicht auf eine bestimmte zu schließende oder auf eine schon bestehende Ehe, oder aber ohne Rücksicht auf eine solche gemacht wurde. Im ersten Falle scheint das Legat ein bedingtes zu sein, so daß, wenn die Ehe nicht zu Stande kömmt, auch die Auszahlung des Vermächtnisses nicht gefordert werden könnte (§.699); dagegen dürfte im zweiten Falle die Anordnung des Erblassers nur als eine solche anzusehen zu sein, in welcher derselbe zwar die Absicht, wozu er den Nachlaß bestimmt, ausgedrückt, aber nicht zur Pflicht gemacht hat (§. 711), daher das Vermächtniß in der zur Entrichtung der Vermächtnisse überhaupt bestimmten Frist (§. 685) ausgezahlt werden muß, und nicht wieder zurückgefordert werden kann, wenn auch wirklich keine Verehelichung stattgefunden hat [2]). Gegen die Richtigkeit dieser Ansicht dürften die §§. 1218, 1225 und 1247 keineswegs geltend gemacht werden können [3]); denn ersterer deutet eben nur die Absicht an, zu welcher das in Frage stehende Vermögen verwendet werden soll; der §. 1225 bezieht sich bloß auf den Mann, welcher das Heiratsgut fordert, und spricht nur von dem bedungenen, nicht von dem vermachten Heiratsgute; der §. 1247 endlich setzt eine schon bestimmte Ehe, nicht die Verehelichung im allgemeinen voraus.

4. Ist der Betrag, welcher als Heiratsgut dienen soll, von dem Erblasser nicht bestimmt worden, so tritt die Verfügung des §. 670 in Wirksamkeit, weil nach §. 1220 auch die Eltern verpflichtet sind, den Töchtern ein ihrem Stande und Vermögen angemessenes Heiratsgut zu verabreichen, und weil nach §. 146 alle nicht bloß persönlichen Standesrechte des Vaters auf seine Kinder übergehen [4]). Bei Per-

---

[1]) Die Eltern, welche ihrer Tochter oder Enkelin ein Heiratsgut zu geben verpflichtet sind (§. 1220), können eine solche Bestimmung nicht mit der Wirkung treffen, daß sie dadurch die Ehegattin in dem ihr gesetzlich (§. 1229) zustehenden Rechte des Heimfalles beeinträchtigen würden; sie müssen also die Totalschuld aus eigenem bezahlen, während sich bezüglich des Gatten ein solches Legat als das Vermächtniß der Befreiung von der Schuld an einen dritten herausstellt. S. Unger, Erbr. S. 317, Anmerkg. 2.

[2]) S. Zeiller, Comment. Bd. 2, S. 614; Nippel, Erläut. Bd. 4, S. 324; Winiwarter, bürgl. Recht, Bd. 3, S. 195. — In diesem Sinne erfloß auch die in der Gazzetta dei Tribunali (Jahrg. 2, Nr. 8) mitgetheilte Entscheidung des Appellationsgerichtes vom 17. Mai 1850 und des obersten Gerichtshofes vom 10. Nov. n. J.

[3]) S. Schuster (Dr. M.): Welches ist der Anfallstag eines vermachten Heiratsgutes? (Zeitschr. für österr. Rechtsgel. 1831, II., S. 145). — Auch Pachmann in seinem Aufsatze: Noch einiges von dem Vermächtnisse des Heiratsgutes nach österreichischem Rechte (§. 670 des a. b. G. B.) in Haimerl's Mag. Bd. 16, S. 1 ist der Ansicht, daß bei dem Heiratsgute, gleichviel ob es vertragsmäßig oder durch eine letztwillige Anordnung bestellt worden, die Bedingung der Verehelichung im Begriffe liege und von selbst verstanden werde.

[4]) Mit Recht hebt Pachmann, a. a. O. S. 10, die Schwierigkeiten hervor, die sich bei der Bestimmung des Heiratsgutes nach der Vorschrift des §. 676 des b. G. B. ergeben. Seiner Ansicht zufolge muß hier „an die gemeine Meinung, d. i. an die Meinung der Umgebung desjenigen, dessen Tochter das Heiratsgut bestellt werden soll, recurrirt werden, insbesondere um zu ermitteln, welches Vermögen nach dem Stande des Vaters als ein mittelmäßiges anzusehen sei;“ bei der Beantwortung der weiteren Frage aber, wie viel denn von seinem Vermögen ein „wohlhabender“ Mann nach seinem Stande einer Tochter, die selbst kein Vermögen hat, abzureichen schuldig sei, muß nebst dem väterlichen Stande auch noch der Stand des Mannes in Rechnung gebracht werden, wie dieß aus dem Begriffe und Zwecke des Heiratsgutes hervorgeht.

sonen von unehelicher Geburt kann aber diese Bestimmung nicht unmittelbar zur Anwendung kommen, denn eine uneheliche Tochter kann (nach §. 1220) nur von ihrer Mutter ein Heiratsgut verlangen, und hat nach §. 165 auf die Standesrechte derselben keinen Anspruch. Es muß also zur Analogie des §. 673 Zuflucht genommen und das Heiratsgut in der Art ausgemessen werden, daß es dem Stande entspricht, welcher der Legatarin eigen ist, oder zu welchem sie durch die genossene Verpflegung vorbereitet wurde [1]).

5. Zufolge §. 770 muß bei der gesetzlichen Erbfolge ein Kind sich dasjenige, was es von dem Erblasser bei dessen Lebenszeit als Heiratsgut empfangen hat, anrechnen lassen, und diese Anrechnung hat nach §. 671 auch dann zu geschehen, wenn der Erblasser (in einem Codicille) seiner Tochter ein Heiratsgut vermacht, im übrigen aber keinen Erben eingesetzt hat, so daß in Ansehung seines Vermögens (nicht die testamentarische, sondern) die gesetzliche Erbfolge Platz greift. In diesem Falle stellt sich die Anrechnung als vollkommen gerechtfertigt dar; denn haben die übrigen Töchter schon bei Lebzeiten des Verstorbenen ein Heiratsgut erhalten, so müssen sie sich dasselbe (nach §. 790) ebenfalls in ihren (gesetzlichen) Erbtheil einrechnen lassen, und es wird daher durch die (im §. 671 angeordnete) Einrechnung des Vermächtnisses eben jene Gleichheit der Behandlung erzielt, welche der Erblasser wahrscheinlich bezweckte, weil er es bei den Bestimmungen der Intestaterbfolge bewenden ließ. Sind die andern Töchter aber bei Lebzeiten noch nicht ausgestattet worden, so wird durch die Anrechnung des Vermächtnisses gerade auch wieder vermieden, daß die eine Tochter vor den übrigen bevorzugt werde, was der Erblasser, wenn es seine Absicht gewesen wäre, leicht dadurch hätte bewerkstelligen können, daß er die Anrechnung des legirten Heiratsgutes ausdrücklich erließ (§. 792).

6. Bei der Erbfolge der Kinder aus einem letzten Willen geschieht zufolge §. 790 die Anrechnung sowohl dessen, was sie durch Legate wirklich aus der Verlassenschaft erhalten (§. 787), als dessen, was sie zu einem der im §. 788 ausgedrückten Zwecke schon bei Lebzeiten des Erblassers erlangt haben, nur dann, wenn sie von dem Erblasser ausdrücklich verordnet wird. Von dieser Bestimmung macht aber der §. 671 in Ansehung des Heiratsgutes eine Ausnahme, indem er vielmehr verfügt, daß das vermachte Heiratsgut allerdings in den letztwilligen Erbtheil einzurechnen sei, wenn es der Erblasser nicht ausdrücklich als ein Vorausvermächtniß (s. o. S. 260 d. W.) erklärt hat [2]). Sind in diesem Falle die übrigen Töchter des Erblassers bei Lebzeiten desselben noch nicht betheilt worden, so wird durch die im §. 671 angeordnete Einrechnung allerdings eine gleiche Behandlung aller Kinder herbeigeführt, welche hier vermuthlich in der Absicht des Testators gelegen ist, weil er eben das Vermächtniß nicht als ein Vorausvermächtniß bezeichnet hat; ist jedoch ein oder das andere Kind schon bei Lebzeiten des Erblassers mit einem Heiratsgute betheilt worden, so führt die Anordnung des §. 671 eine

---

[1]) Es würde nicht angehen, der Legatarin ein solches Heiratsgut zu bestimmen, welches ihre Mutter bei mittelmäßigem Vermögen zu geben im Stande wäre; denn mit Recht bemerkt Damianitsch (Einige Fragen über das Erbrecht unehelicher Kinder. Jurist, Bd. 10, S. 112), daß der Begriff „mittelmäßig" ein relativer, von dem Stande der Mutter abhängiger sei, indem ein Vermögen, welches bei einem Stande (z. B. dem eines Dienstmädchens) als Reichthum erscheint, bei einem andern (z. B. dem einer Gutsbesitzerin) als Armuth angesehen werden müßte, und daß ja häufig auch die Mutter des unehelichen Kindes gar nicht bekannt ist.

[2]) Der Grund dieser ausnahmsweisen Bestimmung ist nicht leicht zu errathen. Hofrath Härdtl (Ueber die verschiedenen Arten der Anrechnung in den Pflichttheil u. s. w. Wien 1838. S. 142) sucht ihn mit einiger Wahrscheinlichkeit in der eigenthümlichen Beschaffenheit des einer Tochter von ihren Eltern zugesicherten Heiratsgutes, welches nie als ein reines Geschenk, als ein bloßer Ausfluß ihrer Freigebigkeit anzusehen ist. Vermacht jemand seiner Tochter ein Heiratsgut, so können mehrere Gründe ihn bestimmt haben, dieser pflichtmäßigen (§. 1220) Versorgung seines Kindes die Form eines Vermächtnisses zu geben, ohne daß er gerade die Absicht hatte, es von der Einrechnung in ihren Erbtheil auszuschließen. — Die Sorgfalt der österreichischen Gesetzgebung, daß der Wille des Erblassers möglichst erfüllt werde, und der Erblasser die Verpflichtung, seiner Tochter ein Heiratsgut zu geben, nicht etwa als eine Last ansehe, welche er in ihren Erbtheil nicht einrechnen dürfe, hat daher nach der Ansicht des Verfassers die Anordnung des §. 671 herbeigeführt, daß der Erblasser seinen Vorsatz, das seiner Tochter zugedachte Vermächtniß des Heiratsgutes in ihren Erbtheil nicht einzurechnen, durch die ausdrückliche Erklärung desselben als Vorausvermächtniß deutlicher an den Tag lege.

Ungleichheit in der Behandlung der Kinder herbei, da die bei Lebzeiten des Testators empfangenen Beträge der Anrechnung nicht unterliegen, während das vermachte Heiratsgut eingerechnet wird; allein diese Ungleichheit berechtiget nicht, von dem klaren Wortlaute des Gesetzes abzugehen, und den §. 671 nur auf jenen Fall zu beschränken, wo keine Vorausbetheilung stattgefunden hat[1]), denn die Voraussetzung, als beabsichtige das Gesetz bei der Erbfolge überhaupt die möglichste Gleichheit unter den Kindern, auch über die Gränzen der gesetzlichen Erbfolge und des Pflichttheilanspruches hinaus, ist — wie Härdtl (a. a. O. S. 141) bemerkt — durchaus nicht begründet; der Erblasser ist, so weit er den Pflichttheil nicht verletzt, durch das Gesetz in der freien Verfügung mit der zweiten Hälfte seines Vermögens durch keine Gleichstellung seiner Kinder beschränkt, diese bildet daher auch keine gesetzliche Vermuthung, sondern es kommt vielmehr der Grundsatz des §. 558 festzuhalten, daß der Wille des Erblassers auf das möglichste erfüllt, demnach immer zuerst auf seinen wahrscheinlichen Willen gesehen werden solle[2]).

§. 672.

f) [das Vermächtniß] des Unterhaltes, der Erziehung oder Kost;

Das Vermächtniß des Unterhaltes begreift Nahrung, Kleidung, Wohnung und die übrigen Bedürfnisse, und zwar auf Lebenslang, wie auch den nöthigen Unterricht in sich. Alles dieses wird auch unter Erziehung verstanden. Die Erziehung endiget sich mit der Volljährigkeit. Unter Kost wird Speise und Trank auf lebenslang begriffen.

§. 673.

Das Maß der im vorstehenden Paragraphe angeführten Vermächtnisse, wenn es weder aus dem ausdrücklichen, noch aus dem stillschweigenden durch die bisherige Unterstützung erklärten Willen des Erblassers erhellet, muß nach dem Stande bestimmt werden, welcher dem Legatar eigen ist, oder wozu er durch die genossene Verpflegung vorbereitet worden ist.

1. Unter den drei Vermächtnissen des Unterhaltes, der Erziehung und der Kost ist das erste das umfangreichste; es begreift Nahrung, d. i. Speise und Trank, Kleidung, Wohnung und die übrigen Bedürfnisse, z. B. Arzneien, dann auch den nöthigen Unterricht in sich; es dauert durch die ganze Lebenszeit des Vermächtnißnehmers, wenn nicht das Gegentheil aus der Anordnung des Erblassers klar und deutlich hervorgeht, und ist nicht davon abhängig, daß der Legatar sich selbst zu erhalten außer Stande sei.

2. Das Vermächtniß der Erziehung ist nur der Dauer nach von jenem des Unterhaltes verschieden; denn es endiget sich mit der Volljährigkeit, weil mit dieser auch in der Regel die väterliche so wie die vormundschaftliche Gewalt erlischt (§§. 172 und 251) und der Großjährige zur freien Verwaltung seines Vermögens gelangt. Sollte die väterliche oder vormundschaftliche Gewalt (nach §§. 173 oder 251) über die Jahre der Großjährigkeit hinaus verlängert werden, so dürfte doch das Vermächtniß nicht fortdauern, weil die Volljährigkeit, als der im §. 672 festgesetzte Endtermin desselben, denn doch eingetreten ist, wenngleich nicht alle Wirkungen dieses Eintrittes Platz greifen. Ebenso wird aber auch anderseits unserer Meinung zufolge das Vermächtniß nicht aufhören, wenn vor erreichter Großjährigkeit eine Entlassung aus der väterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt (§§. 174, 175 und 252) statt-

---

[1]) Dieser Ansicht ist Schuster in dem Aufsatze: Ist das von den Eltern ihren Töchtern vermachte Heiratsgut, wenn dieselben mit ausgestatteten Schwestern concurriren, in den letztwilligen Erbtheil einzurechnen? (Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1831, II., S. 107.)

[2]) Deßhalb scheint auch die Ansicht Nippel's (Erläut. Bd. 4, S. 325) nicht stichhältig zu sein, daß der §. 671 nur in dem Falle seine Anwendung finde, wenn das Heiratsgut nach bereits errichtetem Testamente in einem späteren Codicille vermacht worden ist, während in dem Falle, als das Heiratsgut früher, als in dem letzten Testamente des Erblassers, oder in diesem Testamente selbst hinterlassen wurde, keine Anrechnung desselben (nach der Regel des §. 790) Platz greifen soll; denn der §. 671 kennt eine solche Unterscheidung nicht, und sie erscheint auch nicht als nothwendig, um den angeblichen Widerspruch zwischen §. 671 und §. 790 auszugleichen; der §. 790 enthält eben eine Regel, der §. 671 aber die Ausnahme von dieser Regel, ohne daß sich deßhalb irgend ein Widerspruch zwischen beiden Anordnungen behaupten läßt.

gefunden hat [1]), denn diese berührt nur die Fähigkeit des Minderjährigen, seine Angelegenheiten selbst zu verwalten, und nicht die Verpflichtungen dritter Personen; sie ist eine Begünstigung, welche ihm nicht zum Nachtheile gereichen soll.

3. Das Vermächtniß der Kost ist dem Umfange nach das beschränkteste, da es nur Speise und Trank, nicht auch Kleidung, Wohnung u. dgl. in sich begreift, stimmt aber in Ansehung der lebenslänglichen Dauer mit dem Legate des Unterhaltes überein.

4. Das Maß der drei vorbenannten Vermächtnisse kann von dem Erblasser selbst ausdrücklich bestimmt werden; dann ist sich, den allgemeinen Grundsätzen zufolge, genau an diese Bestimmung zu halten. Im entgegengesetzten Falle muß zuerst darauf gesehen werden, ob der Erblasser den Legatar bisher in ähnlicher Weise unterstützt hatte, weil dann mit Grund anzunehmen ist, daß er durch die Anordnung des Legates nur eine gleichmäßige Fortdauer dieser Unterstützung herbeiführen wollte. Hätte diese selbst gewechselt, so wäre wohl auf die dem Tode des Erblassers unmittelbar vorhergegangene Periode zu sehen. Kann endlich auch dieses Auskunftsmittel nicht angewendet werden, so hat, wofern sich die Parteien darüber nicht vereinigen könnten, der Richter die geeignete Bestimmung zu treffen, und zwar mit Rücksicht auf den Stand, welcher dem Legatar eigen, oder wozu er durch die genossene Verpflegung vorbereitet worden ist (§. 673), und wohl auch mit Rücksicht auf das Erträgniß der Verlassenschaft, aus welcher das Vermächtniß bestritten werden soll [2]).

5. Hat der Erblasser nichts darüber bestimmt, ob die hier angedeuteten Vermächtnisse in natura oder in einem Geldbetrage geleistet werden sollen, so stünde nach der Analogie des §. 656 dem Onerirten die Wahl frei; doch brauchte sich der Legatar die Festsetzung einer unabänderlich bestimmten Summe nicht gefallen zu lassen, weil die Preise der Befriedigungsmittel seiner Bedürfnisse sich bedeutend ändern können, und er dadurch leicht einer Verkürzung in seinen Ansprüchen ausgesetzt wäre.

6. Das Vermächtniß des Unterhaltes ist im §. 691 (s. unten) noch insbesondere begünstigt, sowie auch über die Auszahlung desselben eine eigenthümliche Bestimmung im §. 1418 enthalten ist.

§. 674.

g) [das Vermächtniß] der Mobilien, des Hausrathes;

Unter Mobilien (Meubeln) werden nur die zum anständigen Gebrauche der Wohnung; unter Hausrath oder Einrichtung zugleich die zur Führung der Haushaltung erforderlichen Geräthschaften verstanden. Die Werkzeuge zum Betriebe des Gewerbes sind ohne eine deutlichere Erklärung darunter nicht begriffen.

1. Das Vermächtniß des Hausrathes oder der Einrichtung (Einrichtungsstücke im §. 1101) begreift alle zur Führung einer Haushaltung erforderlichen Geräthschaften in sich; also nicht bloß diejenigen, die zum Gebrauche der Wohnung dienen, sondern auch alles, was in Küche, Keller u. dgl. verwendet wird; ausgeschlossen davon sind aber die Werkzeuge zum Betriebe des Gewerbes, wie Hobelbänke, Webstühle, Maschinen u. dgl., ja selbst solche Gegenstände, welche gewöhnlich zum Hausrathe gezählt werden, wenn sie im besonderen Falle nur zur Führung eines Gewerbes dienen, z. B. die Einrichtungsstücke der Gastzimmer in einem Wirthshause.

2. Das Vermächtniß der Mobilien (Meubeln, des Mobiliars) ist bloß auf dasjenige beschränkt, was zum anständigen Gebrauche der Wohnung dient, wiewohl der Ausdruck „Mobilien" seiner Etymologie zufolge alle beweglichen Sachen in sich begreifen würde, was aber dem gemeinen Sprachgebrauche (§. 655) durchaus zuwider wäre.

---

[1]) S. Mattei, Comment. Vol. 3, pag. 353. — Anderer Meinung ist Nippel, Erläut. Bd. 4, S. 328.

[2]) S. die Entscheidung des Mailänder Appellations-Gerichtes v. 14. Jänner 1853, Z. 13821, in der Gazzetta dei Trib. 1853, Nr. 75 und in der allg. öst. Ger. Ztg. 1854, Nr. 27.

3. Jedenfalls sind aus diesen beiden Vermächtnissen auch alle jene Gegenstände auszuschließen, welche das Zugehör einer andern unbeweglichen Sache ausmachen, z. B. eingemauerte Spiegel u. dgl. (s. Bd. I, S. 382 d. W.).

§. 675.

h) [das Vermächtniß] eines Behältnisses;

Ist Jemand ein Behältniß vermacht worden, welches nicht für sich selbst besteht, sondern nur ein Theil eines Ganzen ist; so wird in der Regel vermuthet, daß nur diejenigen Stücke zugedacht worden sind, welche sich bei dem Ableben des Erblassers darin vorfinden, und zu deren Aufbewahrung das Behältniß seiner Natur nach bestimmt, oder von dem Erblasser gewöhnlich verwendet worden ist.

§. 676.

Ist hingegen das Behältniß beweglich, oder doch eine für sich bestehende Sache, so hat der Legatar nur auf das Behältniß, nicht auch auf die darin befindlichen Sachen Anspruch.

§. 677.

Wird ein Schrank, ein Kasten oder eine Lade mit allen darin befindlichen Sachen vermacht; so rechnet man dazu auch Gold und Silber, Schmuck und bares Geld, selbst die vom Legatar dem Erblasser ausgestellten Schuldscheine. Andere Schuldscheine oder Urkunden, worauf sich Forderungen und Rechte des Erblassers gründen, werden nur dann dazu gerechnet, wenn sich außer denselben nichts in dem Behältnisse befindet. Zu einem Vermächtnisse flüssiger Sachen gehören auch die zu ihrer Verführung bestimmten Gefäße.

1. Bei dem Vermächtnisse eines Behältnisses kömmt vor allem zu unterscheiden, ob dasselbe ausdrücklich mit allen darin befindlichen Sachen, oder ohne diesen Beisatz hinterlassen wurde, im letzteren Falle aber wieder, ob das Behältniß eine für sich bestehende (bewegliche oder unbewegliche) Sache, oder bloß ein Bestandtheil (Zugehör) einer andern (ebenfalls beweglichen oder unbeweglichen) Sache ist.

2. Ist das Behältniß nur der Theil eines Ganzen, z. B. der Keller, die Holzkammer eines Hauses, ein eingemauerter Schrank, die Lade eines Kastens, so wird vermuthet, daß dieser Bestandtheil nicht von der ganzen Sache getrennt, oder dem Legatar ein Miteigenthum an dieser eingeräumt werden solle, sondern daß der Erblasser mit dem Behältnisse eigentlich bloß den Inhalt desselben (continens pro contento) bezeichnen wollte. Es gebühren daher dem Legatar alle Sachen, die sich zur Zeit des Ablebens des Erblassers — nicht zur Zeit der Errichtung des letzten Willens, was oft gar nicht zu ermitteln wäre — wirklich darin befinden, und zu deren Aufbewahrung das Behältniß seiner Natur nach bestimmt ist (wie z. B. Weine in einem Keller), oder von dem Erblasser gewöhnlich verwendet wurde [1]). Das Vermächtniß kann also wirkungslos werden, wenn sich beim Tode des Erblassers in dem vermachten Behältnisse gar nichts vorfindet, zumal hier (nach Analogie des §. 724) anzunehmen ist, daß der Testator das Legat durch Hinwegräumung der fraglichen Gegenstände widerrufen wollte. Immerhin kann aber diese Vermuthung durch entgegengesetzte stärkere Vermuthungsgründe aufgehoben werden (§. 683), wie wenn der Legatar darzuthun vermöchte, daß die sonst in jenem Behältnisse vorfindig gewesenen Sachen bloß wegen eines eingetretenen Nothfalles (z. B. wegen einer Ueberschwemmungsgefahr) vielleicht sogar ohne Wissen des Erblassers, weggebracht

---

[1]) In ähnlichem Sinne wurde in einem, in Nr. 71 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1864 mitgetheilten Falle vom obersten Gerichtshofe unter dem 26. Jänner 1864, Z. 399, entschieden, daß eine Verfügung, mittelst welcher der Erblasser jemandem alles, was in seinem Hause ist, vermacht, nicht auf dasjenige bezogen werden könne, was sich zur Zeit der letzten Willensanordnung darin befand, sondern auf dasjenige, was sich zur Zeit des Todes darin befindet, weil dieß allein mit der, letztwilligen Anordnungen wesentlichen Eigenschaft der Widerruflichkeit und mit der Rechtsvermuthung, daß der letzte Wille im Augenblicke des Todes errichtet wurde, vereinbar ist.

worden sind [1]). Selbst von den in einem solchen Behältnisse vorfindigen Gegenständen sind aber anderseits jene ausgeschlossen, welche nicht zur Aufbewahrung in demselben bestimmt sind, oder gewöhnlich dort hinterlegt wurden, sondern eben wieder aus einem besonderen Grunde (z. B. wegen Feindesgefahr) dahin gebracht worden sind, wie Schmuck und andere Kostbarkeiten, die aus dem eben angeführten Grunde in einem Keller verborgen wurden. Auch sind zufolge einer conclusio a majori ad minus auch jene Gegenstände nicht mitbegriffen, welche der §. 677 selbst dann ausscheidet, wenn das Behältniß ausdrücklich mit den darin befindlichen Sachen vermacht wurde.

3. Ist das vermachte Behältniß eine für sich bestehende Sache [2]), z. B. ein für sich bestehender Keller, oder ein Schrank, eine Schatulle u. dgl., so hat es an und für sich einen bestimmten Werth, wenn auch nichts darin befindlich ist; es waltet daher kein Grund ob, von dem bestimmt erklärten Willen des Erblassers abzugehen, weßhalb der Legatar nur auf das Behältniß, nicht auch auf die darin vorfindigen Gegenstände Anspruch hat. Eine Ausnahme (§. 683) dürfte dann Platz greifen, wenn das Behältniß von der Art ist, daß es für sich gar keinen Nutzen gewährt, z. B. die Schatulle eines bestimmten Silberzeuges, das Futteral eines Schmuckes [3]), so das es scheint, das Gesetz habe im §. 676 vorzüglich jene Behältnisse (Schränke, Truhen, Keller u. dgl.) vor Augen gehabt, deren Inhalt zu wechseln pflegt.

4. Wird ein Behältniß ausdrücklich mit allen darin befindlichen Sachen vermacht, so sind diese dem Legatar herauszugeben, ohne Rücksicht auf ihre Beschaffenheit und ihren Werth (also auch Gold und Silber, Schmuck und bares Geld) und ohne Rücksicht auf den Umstand, ob das gedachte Behältniß zu ihrer Aufbewahrung bestimmt ist, oder gewöhnlich dazu verwendet wurde oder nicht. Ueber die Auslieferung des Behältnisses selbst würde nach den vorhergehenden Bestimmungen zu entscheiden sein.

5. Forderungen und Rechte (z. B. Dienstbarkeitsrechte) sind unkörperliche Sachen, es ist also der Begriff des Raumes auf dieselben nicht anwendbar, und man kann nicht sagen, daß sie sich in einem Behältnisse befinden; dieß kann nur von den darauf bezüglichen Urkunden (Schuldscheinen, Kaufbriefen, richterlichen Urtheilen u. dgl.) der Fall sein, welche aber bloß zum Beweise der Rechte und Forderungen dienen, und nicht mit diesen selbst verwechselt werden dürfen. Nur die im ordentlichen Umlaufe die Stelle des baren Geldes vertretenden öffentlichen Creditspapiere (das Papiergeld), und wohl auch die denselben gleichgehaltenen Banknoten sind, weil nach §. 680 zur Barschaft gehörig, allerdings auch unter die herauszugebenden Sachen zu zählen [4]).

---

[1]) Aehnlich wäre der Fall, wenn jemandem die in einem Behältnisse (wohl auch in einem Hause u. dgl.) befindlichen Sachen vermacht sind. Auch hier würden dem Vermächtnißnehmer die Sachen, die sich gewöhnlich in dem gedachten Behältnisse vorzufinden pflegten, gebühren, wenn dieselben auch bei dem Ableben des Erblassers zeitweilig daraus entfernt worden wären, ohne daß die Absicht des Testators vorliegt, durch diese Entfernung das Legat unwirksam zu machen. S. die Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 19. Februar 1856, Z. 1507, in Glaser's und Unger's Samlg. Nr. 162.

[2]) Die Textirung des §. 676 ist hier eine nicht ganz entsprechende, denn seinem Wortlaute nach würde sich dieser §. auf alle beweglichen Behältnisse beziehen, wenn sie auch nur ein Theil eines Ganzen sind, was aber gewiß nicht in der Absicht des Gesetzgebers lag, da der §. 676 einen Gegensatz zu der Anordnung des vorhergehenden §. enthalten soll. — Der Textirungsfehler erklärt sich übrigens aus der Fassung der §§. 465 und 466 des II. Thls. des galiz. G. B., welchem die obgedachten §§. unseres G. B. entnommen wurden.

[3]) Vgl. den von Freudenreich (im Jurist, Bd. 12, S. 289) mitgetheilten Rechtsfall, in welchem der Testator dem A „seine Silberschatulle sammt den dazu gehörigen sechs gleichen silbernen Kaffeelöffeln“ vermacht hatte. Wir stimmen vollkommen der Ansicht des Verfassers bei, wenn er behauptet, daß dem Legatar nicht die Schatulle allein, die er zu nichts hätte brauchen können, und die besonders erwähnten sechs Kaffeelöffel, sondern auch die in jener Schatulle befindlichen anderweitigen Gegenstände, die nach der Einrichtung derselben dahin gehörten (Zuckerdose, Obstmesser, Theeseiher u. dgl.), gebührten, zumal die Erwähnung der sechs Kaffeelöffel insbesondere sich daraus erklärte, daß diese im beständigen Gebrauche waren, von ihnen also anzunehmen war, daß sie sich zur Zeit des Todes des Erblassers nicht in der Schatulle befinden würden. — Vgl. Unger, Erbr. S. 302, Anmerkg. 3.

[4]) Nippel (Erläut. Bd. 4, S. 336) geht noch weiter und rechnet auch die auf den Ueberbringer lautenden Schuldscheine hierher; allein mit Grund dürfte hiergegen eingewendet werden können (Winiwarter, bürgl. Recht, Bd. 2, S. 202), daß das Gesetz im §. 677 zwischen den Schuldscheinen nicht weiter unterscheidet, während an anderen Stellen des Gesetzbuches (§§. 371 und 1393) auf obige Unter-

6. Eine Ausnahme von den eben entwickelten Grundsätzen findet nur dann statt:

a) Wenn das Vermächtniß bei Anwendung derselben ohne Wirkung wäre (§. 655), weil sich außer den fraglichen Urkunden nichts in dem Behältnisse befindet, wofern dieses nicht eine für sich bestehende Sache ist.

b) Wenn es sich um Schuldscheine handelt, die von dem Legatar dem Erblasser ausgestellt sind. Hier wird ein legatum liberationis (§. 663) vermuthet, und angenommen, daß der Erblasser dasselbe vielleicht nur aus schonender Rücksicht in das Vermächtniß eines Behältnisses eingekleidet habe.

7. Ein wesentlich verschiedener Fall ist der im Schlußsatze des §. 677 normirte: wenn nämlich jemandem ein Vermächtniß flüssiger Sachen (Wein, Oel, Essig) hinterlassen wurde, für welchen Fall das Gesetz vermuthet, daß sich die Anordnung des Erblassers auch auf die zur Verführung bestimmten Gefäße erstrecke, nicht aber auf jene Gefäße, welche zu andern Zwecken bestimmt sind, z. B. die großen in den Kellern befindlichen Stückfässer.

8. Aus diesen Anordnungen dürfte im Wege der Analogie zu folgern sein, daß auch andere Pertinenzstücke (vgl. Bd. I, S. 383 d. W.) dem Legatar mit der Hauptsache hinausgegeben werden müssen (z. B. der Schlüssel mit dem vermachten Schranke, das Futteral eines Schmuckes oder Instrumentes (s. Bd. I, S. 382 und 385 d. W.).

§. 678.

i) [Das Vermächtniß] der Juwelen, des Schmuckes und Putzes;

Unter Juwelen werden in der Regel nur Edelsteine und gute Perlen, unter Schmuck auch die unechten Steine, und das aus Gold oder Silber verfertigte oder damit überzogene Geschmeide, welches zur Zierde der Person dient; und unter Putz dasjenige verstanden, was außer Schmuck, Geschmeide und Kleidungsstücken zur Verzierung der Person gebraucht wird.

§. 679.

k) [Vermächtniß] des Goldes oder Silbers; der Wäsche; Equipage;

Das Vermächtniß des Goldes oder Silbers begreift das verarbeitete und unverarbeitete, doch nicht das gemünzte, noch auch dasjenige in sich, was nur ein Theil oder eine Verzierung eines anderen Verlassenschaftsstückes, z. B. einer Uhr oder Dose, ausmacht. Die Wäsche wird nicht zur Kleidung, und Spitzen werden nicht zur Wäsche, sondern zum Putze gerechnet. Unter Equipage werden die zur Bequemlichkeit des Erblassers bestimmten Zugpferde und Wagen sammt dem dazu gehörigen Geschirre, nicht auch Reitpferde und Reitzeug verstanden.

1. Das Gesetz stellt hier einige allgemeine Regeln auf, ohne sich in eine weitläufige Casuistik einzulassen, die doch niemals erschöpfend sein würde. Das meiste kömmt wohl immer, wie schon Zeiller (Comment. Bd. 2, S. 626) bemerkte, auf den Sprachgebrauch der Zeit und des Ortes an, wo die letztwillige Anordnung errichtet wurde, auf die Gewohnheiten des Erblassers und auf den übrigen Inhalt des letzten Willens, besonders in der Hinsicht, ob nicht Stücke von gewisser Art bereits einem andern Vermächtnißnehmer zugedacht sind.

2. Unter Juwelen rechnet das Gesetz nur Edelsteine und gute Perlen, zu den ersteren gehören aber auch die s. g. Halbedelsteine, wie der Granat, der Jaspis, gewisse Arten des Opals u. dgl. Sind die Juwelen gefaßt, so muß wohl darauf gesehen werden, ob der Werth der Fassung oder der des Steines (der Perlen) größer sei; Steine und Perlen aber, die nur zur Verzierung eines andern Gegenstandes (z. B. einer Uhr, einer Dose, eines Bildnisses) dienen, werden niemals unter die Juwelen zu rechnen sein.

---

scheidung allerdings Rücksicht genommen wurde, und daß jene Schuldscheine, wenn sie gleich manches eigenthümliche an sich tragen, denn doch nicht unter die körperlichen Sachen gezählt werden können. — Vgl. auch den von Freudenreich im Jurist, Bd. 10, S. 46 mitgetheilten Rechtsfall.

3. Der Begriff des Schmuckes ist insofern weiter als der Ausdruck „Juwelen", indem er auch die unechten Steine (und Perlen) und das bloß aus Gold und Silber verfertigte Geschmeide in sich faßt; er ist aber anderseits dadurch beschränkt, daß die gedachten Gegenstände zur Zierde der Person dienen müssen; es gehören also darunter wohl: Ohrgehänge, Armbänder, Ringe u. dgl., nicht aber Dosen, Pokale u. a. m., auch nicht die noch ungefaßten Steine oder Perlen, sie wären denn bloß auseinander genommen worden, um sie neu zu fassen. Ebenso richtig scheint die Bemerkung Nippel's (Erläut. Bd. 4, S. 328), daß Sachen, die zwar zur Zierde der Person dienen, aber von demjenigen, der sie besitzt, nicht zu diesem Gebrauche, sondern zum Verkaufe bestimmt und angeschafft worden sind, auch nicht zum „Schmucke" gerechnet werden können.

4. Putz ist nach §. 678 dasjenige, was außer Schmuck (Geschmeide) und Kleidungsstücken zur Verzierung der Person gebraucht wird. Da jedoch der §. 679 die Spitzen zum Putze rechnet, und diese doch auch zur Bekleidung der Person verwendet werden, so dürfte der Unterschied vielmehr darin zu suchen sein, ob das Kleidungsstück unter die gewöhnlichen, dem Stande der betreffenden Person angemessenen und einem wahren Bedürfnisse entsprechenden gehöre, oder ob es lediglich zur Zierde diene. Das meiste wird hier freilich auf die obwaltenden Umstände und Verhältnisse ankommen [1]).

5. Aus dem Vermächtnisse des Goldes und Silbers sind dem gemeinen Sprachgebrauche zufolge alle Gold- und Silbermünzen auszuschließen, weil diese vielmehr zum Gelde (zur Barschaft) gerechnet werden, oder selbst wenn sie außer Cours sind (wie antike Münzen), mit dem Ausdrucke „Münzen" allgemein bezeichnet zu werden pflegen [2]). Die weitere Verfügung des §. 679, daß Gold und Silber, welches nur einen Theil oder eine Verzierung eines andern Verlassenschaftsstückes ausmacht, nicht unter dem in Frage stehenden Vermächtnisse zu verstehen sei, folgt aus dem Begriffe des Zugehörs und der Nebensache.

6. Das Vermächtniß der Wäsche kann nicht auf die eigentliche Kleidung ausgedehnt werden, und begreift wohl auch nicht jene Wäschstücke in sich, welche bloß zum Betriebe eines Gewerbes, z. B. eines Gast- oder Badehauses dienen (vgl. §. 674).

7. Die Begriffsbestimmung des Wortes Equipage ist dem gemeinen Sprachgebrauche entnommen, es sind daher aus diesem Vermächtnisse nicht nur Reitpferde und Reitzeug, sondern auch Wirthschafts-Pferde und -Wägen, sowie jene, die zum Betriebe eines Gewerbes (z. B. eines Fuhrengewerbes) verwendet wurden, auszuschließen.

§. 680.

1) [Vermächtniß] der Barschaft;

Zur Barschaft gehören auch jene öffentlichen Creditspapiere, welche im ordentlichen Umlaufe die Stelle des baren Geldes vertreten.

Der Ausdruck Barschaft begreift, dem gewöhnlichen Sprachgebrauche zufolge, dem sich auch das Gesetz angeschlossen hat, sowohl das gemünzte in- und ausländische Geld, als auch diejenigen öffentlichen, vom Staate oder einer Privatanstalt (Bank) ausgegebenen in- oder ausländischen Creditspapiere in sich, welche im ordentlichen Umlaufe die Stelle des baren Geldes vertreten, keineswegs aber außer Cours gesetzte (antike) Münzen, Denk- und Schaumünzen, solche, die zum Schmucke verwendet werden (gehenkelte Münzen), dann jene Creditspapiere, welche nicht zum s. g. Papiergelde (§. 986) gehören, sondern mit dem Namen der öffentlichen Schuldscheine (§. 990) bezeichnet zu werden pflegen, ferner Industriepapiere (Actien u. dgl.), endlich alle Arten von Privat-Schuldverschreibungen.

---

[1]) Ein Shawl dürfte daher bald zum Putze, bald zu den Kleidungsstücken zu rechnen sein (vgl. den Aufsatz von Dr. Dierl im Juristen, Bd. 15, S. 299). Dasselbe hat von Pelzwerk u. dgl. zu gelten.

[2]) Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 17. Juni 1852, Z. 6044, in Nr. 130 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1855.

§. 681.

m) [Vermächtniß] an Kinder;

Unter dem Worte: Kinder, werden, wenn der Erblasser die Kinder eines Andern bedenkt, nur die Söhne und Töchter; wenn er aber seine eigenen Kinder bedenkt, auch die an deren Stelle tretenden Nachkömmlinge begriffen, welche bei dem Ableben des Erblassers schon erzeugt waren.

1. Unter dem Namen Kinder werden nach §. 42 alle Verwandte in der absteigenden Linie begriffen; von diesem Grundsatze wird im §. 681 eine Ausnahme für den Fall angeordnet, daß der Erblasser nicht seine eigenen Kinder, sondern die Kinder eines anderen bedacht hat, weil anzunehmen ist, daß er nur die ihm näher bekannten Söhne und Töchter desselben, nicht auch die entferntere Nachkommenschaft im Auge hatte. Ueberdieß sind auch hier nur jene Kinder des ersten Grades zu dem hinterlassenen Vermächtnisse berufen, welche bei dem Ableben des Erblassers schon erzeugt waren, denn der §. 681 enthält nur einen Vordersatz, dessen beide Theile ebenso, wie sie nur durch ein gemeinschaftliches Zeitwort geschlossen werden, auch in dem Nachsatze ihre nähere gemeinschaftliche Bestimmung erhalten, zumal in demselben nichts vorkömmt, was die Beziehung desselben nur auf die Nachkömmlinge der eigenen Kinder des Erblassers beschränkte, und weil ferner die Gesetzgebung die eigenen Kinder des Erblassers vor den fremden begünstigen, oder mindestens ihnen gleichhalten wollte, wovon aber gerade das Gegentheil geschähe, wenn sich die in dem Schlußsatze des fraglichen §. enthaltene Beschränkung nur auf die eigenen Abstämmlinge erstreckte. Hierzu kömmt noch, daß in der Regel nur eine Person, d. i. ein schon lebender Mensch, oder höchstens eine, zufolge der Fiction des Gesetzes (§. 22) schon als geboren anzusehende Leibesfrucht zur Erwerbung von Rechten fähig ist [1]).

2. Hat der Erblasser dagegen seine eigenen Kinder bedacht, so wird vermuthet, daß er die Nachkommenschaft überhaupt vor Augen hatte, weßhalb das den Kindern im allgemeinen hinterlassene Vermächtniß nicht nur an die Kinder des ersten Grades (vgl. §. 732), sondern auch an seine entfernteren Abstämmlinge (Enkel, Urenkel u. s. w.) gelangt, welche an deren Stelle treten (vgl. §§. 733 und 734); doch sind hierunter nur die ehelichen Nachkommen, dann die nach der Vorschrift der §§. 160 und 161 legitimirten Kinder (§§. 752 und 753) zu verstehen, weil nur sie in Ansehung des Erbrechtes an die Stelle ihrer Ascendenten treten, während das Erbrecht der unehelichen Kinder bloß auf den Nachlaß der Mutter (§. 754), jenes der nach §. 162 legitimirten nebstdem auf die Verlassenschaft des Vaters (§. 753) und das der Wahlkinder auf das freivererbliche Vermögen desjenigen eingeschränkt ist, welcher sie an Kindesstatt angenommen hat (§. 755).

3. Daß und unter welchen Beschränkungen auch noch nicht erzeugten Personen für den Fall ihrer Geburt unmittelbar ein Vermächtniß zugedacht werden könne, ist in dem Hfd. v. 9. Mai 1845, Nr. 888 der J. G. S., ausgesprochen und bereits S. 141 d. W. bemerkt worden.

§. 682.

n) [Vermächtniß] an Verwandte;

Ein ohne nähere Bestimmung für die Verwandten ausgesetztes Vermächtniß wird denjenigen, welche nach der gesetzlichen Erbfolge die nächsten sind, zugewendet, und die oben in dem §. 559 über die Vertheilung einer Erbschaft unter solchen Personen, welche für Eine Person angesehen werden, aufgestellte Regel ist auch auf Vermächtnisse anzuwenden.

1. Das Gesetz scheint hier bloß die Verwandten des Erblassers im Auge

[1]) Vgl. den von L. v. Staudinger in der Zeitschr. für österr. Rechtsgel. 1829, II., S. 299 dargestellten Rechtsfall zur Erörterung der Frage, ob, wenn der Erblasser die Kinder eines andern bedenkt, darunter bloß die zur Zeit seines Todes erzeugten Söhne und Töchter zu verstehen sind, oder auch jene, welche nach seinem Tode erzeugt werden können.

gehabt zu haben, denn es wäre sonst unmöglich, die Vorschrift dieses §. mit jener des §. 651 zu vereinigen, auch würden die Worte: „welche nach der gesetzlichen Erbfolge die nächsten sind," auf die Verwandten eines dritten (z. B. des Ehegatten) häufig nicht anwendbar sein, wenn nämlich dieser zur Zeit des Todes des Testators noch am Leben ist, wo es vielmehr heißen müßte: „welche nach der gesetzlichen Erbfolge die nächsten wären;" wozu noch kömmt, daß der §. 682 ausdrücklich auf den §. 559 zurückverweist, in welchem auch nur von den Verwandten des Erblassers die Rede ist (s. oben S. 166 d. W.[1]).

2. Würde die Vertheilung des Vermächtnisses unter sämmtliche, oft sehr zahlreiche Verwandte des Erblassers vorgenommen, so würde eine gänzliche Zersplitterung desselben eintreten, welche der Testator nicht wohl beabsichtigt haben konnte. Das Gesetz vermuthet daher, daß der Erblasser, eben weil er die zu betheilenden Verwandten nicht ausdrücklich bezeichnete, die Bestimmungen über die Intestaterbfolge vor Augen gehabt, welche dann auch die Anwendung der Vorschrift des §. 559 (§§. 732 bis 734, 736 u. s. w.) bedingt[2]).

3. Wären die nächsten Verwandten des Testators (z. B. seine Kinder) zu Erben eingesetzt, und außerdem die Verwandten ohne Beisatz mit einem Vermächtnisse bedacht worden, so ist wohl mit Grund anzunehmen, daß das fragliche Legat an diejenigen zu fallen habe, welche nach den zur Erbschaft berufenen Verwandten des Erblassers ab intestato succediren würden (z. B. an dessen Geschwister), sowie daß diejenigen Verwandten, die in dem Testamente schon insbesondere bedacht sind, nicht auch bei der in Frage stehenden Betheilung concurriren können (Zeiller, Comment. Bd. 2, S. 630).

§. 683.

o) [Vermächtniß an] Dienstpersonen.

Hat der Erblasser seinen Dienstpersonen ein Vermächtniß hinterlassen, und sie bloß durch das Dienstverhältniß bezeichnet; so wird vermuthet, daß es diejenigen erhalten sollen, welche zur Zeit seines Ablebens in dem Dienstverhältnisse stehen. Doch kann in diesem, so wie in den übrigen Fällen die Vermuthung durch entgegengesetzte stärkere Vermuthungsgründe aufgehoben werden.

1. Hat der Erblasser seinen Dienstpersonen ein Vermächtniß hinterlassen, und diese nicht bloß mit einem allgemeinen Ausdrucke (Dienstleute, Dienstboten, Dienerschaft u. dgl.) oder durch das Dienstverhältniß (Kammerdiener, Koch, Jäger u. s. w.), sondern individuell (z. B. meinem Kammerdiener Johann N.) bezeichnet, so waltet über die Person des Legatars kein Zweifel ob, und dieser erhält das Vermächtniß, wenn er auch zur Zeit des Todes des Erblassers nicht mehr in dessen Diensten steht, weil die Fortdauer des erwähnten Dienstverhältnisses nicht zur Bedingung gemacht wurde, und weil es ja dem Erblasser frei stand, bei der Entlassung oder dem Austritte der gedachten Dienstperson das in Frage stehende Vermächtniß zu widerrufen.

2. Sind dagegen die bedachten Dienstleute nur im allgemeinen, oder bloß durch das Dienstverhältniß bezeichnet, so muß eigentlich erst die Person des Legatars festgestellt werden. Das Gesetz vermuthet in diesem Falle, daß der Erblasser die zur Zeit seines Ablebens in dem Dienstverhältnisse stehenden Personen gemeint habe, weil dieselben gemeiniglich durch die erhöhte Mühewaltung, welcher sie sich während seiner letzten Krankheit unterziehen mußten, und bei dem Umstande, daß sie durch den Tod des Erblassers meistens ihren Dienst verlieren, einer besonderen Rücksicht würdig erscheinen, noch mehr aber, weil eine jede letztwillige Anordnung eigentlich als im Momente des Todes errichtet angesehen werden muß (s. S. 161 d. W.).

---

[1]) S. Scheidlein (Dr. G. Edl. v.): Beitrag zur Erläut. der §§. 651, 652 und 683 des a. b. G. B. in der Zeitschr. für österr. Rechtsgel. 1825, II., S. 157.

[2]) Vgl. auch den von Stieger mitgetheilten Rechtsfall im Jurist, Bd. 18, S. 248.

3. Immerhin kann aber die hier aufgestellte Vermuthung durch entgegengesetzte stärkere Vermuthungsgründe, die aus den jeweilig obwaltenden Umständen entnommen werden müssen, aufgehoben werden, was im Schlußsatze des §. 683 sogar als allgemeine Regel hingestellt erscheint. Deßhalb dürfte z. B. in dem Falle, daß einer Dienstperson ein bestimmter, und noch dazu ein verhältnißmäßig beträchtlicher Betrag vermacht worden ist, und eine vormalige Dienstperson sich besondere oder mehrjährige Verdienste bis zur Zeit des errichteten Testamentes um den Erblasser erworben hatte, welche die neu eintretene für sich nicht anführen kann, der ersteren das in Frage stehende Vermächtniß gebühren [1]).

4. Hat der Erblasser allen oder mehreren seiner Dienstleute ein Vermächtniß ohne Bestimmung der Antheile zugedacht (z. B. meinen Dienstleuten vermache ich 500 fl.), so dürften dieselben zu gleichen Theilen darauf Anspruch haben. Hierfür scheint sowohl die Analogie des §. 555, als jene des §. 839 und die Anordnung des §. 689 geltend gemacht werden zu können, welcher (so wie der §. 560) die beiden Fälle, wenn mehrere Personen ungetheilt und wenn ihnen ausdrücklich zu gleichen Theilen (etwas) zugedacht wurde, nach den nämlichen Grundsätzen entscheidet. Den §. 651 halten wir dagegen nicht für anwendbar, weil derselbe dem Erben die Wahl vorbehält, welchen aus den vom Erblasser im allgemeinen bezeichneten Dienstpersonen (und was jeder) zukommen soll, während hier der §. 683 selbst die Personen bestimmt, die aus dem angeordneten Vermächtnisse zu betheilen sind [2]).

§. 684.

Anfallstag bei den Vermächtnissen.

Der Legatar erwirbt in der Regel (§. 699) gleich nach dem Tode des Erblassers für sich und seine Nachfolger ein Recht auf das Vermächtniß. Das Eigenthumsrecht auf die vermachte Sache aber kann nur nach den für die Erwerbung des Eigenthumes in dem fünften Hauptstücke aufgestellten Vorschriften erlangt werden.

1. Die Vorschrift des §. 536, vermöge welcher das Erbrecht erst nach dem Tode des Erblassers eintritt, muß natürlich auch in Ansehung der Vermächtnisse gelten; mit diesem Zeitpunkte findet aber dann auch in der Regel der Anfall des Vermächtnisses statt; mit anderen Worten: das Recht des Legatars, welches bei Lebzeiten des Testators nur ein gehofftes war, verwandelt sich durch den Tod des letzteren in eine wirkliche Berechtigung. Eine Ausnahme findet nur bei den unter einer aufschiebenden Bedingung hinterlassenen Vermächtnissen statt, indem nach §. 699 ein von einer möglichen und erlaubten Bedingung abhängendes Recht nur durch ihre genaue Erfüllung erworben werden kann, und nach §. 703 zur Erwerbung eines unter einer aufschiebenden Bedingung zugedachten Nachlasses nothwendig ist, daß die bedachte Person die Erfüllung der Bedingung überlebe, und bei dem Eintritte derselben erbfähig sei. Hat der Erblasser das zugedachte Recht auf einen Zeitpunkt eingeschränkt, von dem es gewiß ist, daß er kommen muß, so wird das Vermächtniß gleich nach dem Tode des Erblassers erworben. Ist es dagegen ungewiß, ob der Zeitpunkt, auf welchen der Erblasser das zugedachte Recht eingeschränkt hat, kommen oder nicht kommen werde, so wird diese Einschränkung nach

---

[1]) Vgl. Zeiller, Comment. Bd. 2, S. 631. — Im gleichen Sinne wurde der in der Gazzetta dei Trib. (1853, Nr. 76) mitgetheilte Rechtsfall von dem k. k. lomb. Appellationsgerichte und dem k. k. obersten Gerichtshofe (unterm 14. Mai 1853, Z. 4400) entschieden. Die Gräfin Beatrix C. hatte nämlich verfügt, daß jede Dienstperson ihres Hauses eine lebenslängliche jährliche Pension erhalten solle, deren Betrag ihrem Dienstlohne (salario), den sie bisher bezogen, gleichkomme. Nun war kurz vor dem Tode der Erblasserin wegen Erkrankung ihrer Kammerfrau eine andere Person (Klara R.) aushilfsweise gegen einen Lohn (mercede) von 15 Liren monatlich aufgenommen worden und bis zum Ableben der Gräfin C. im Dienste geblieben. Die Gerichte erkannten, daß dieser kein Pensionsanspruch gebühre, da sie nur zufällig und aushilfsweise verwendet wurde, und da unter dem von der Erblasserin als Maßstab bezeichneten salario nicht jeder Lohn einer im Hause dienenden Person, sondern nur der Jahreslohn der bleibend bediensteten Personen zu verstehen ist (allg. österr. Ger. Ztg. 1854, Nr. 42).

[2]) Nippel (Erläut. Bd. 4, S. 290) ist der Ansicht, daß auch hier der §. 651 anzuwenden sei; Scheidlein (a. a. O.) aber glaubt, daß die Vermuthung bald für die Anwendbarkeit des §. 651, bald für eine gleiche Vertheilung spreche, ohne irgend stichhältige Gründe für seine Behauptung anzuführen.

§. 704 als eine **Bedingung** angesehen, und es gelten daher die oben angeführten Bestimmungen.

2. Die Wirkung des Anfalles ist zunächst, daß der Bedachte das Recht erhält, das ihm zugewendete Vermächtniß **anzunehmen** oder **auszuschlagen** (vgl. §. 689), nur bedarf es hier keiner solchen ausdrücklichen Erklärung, wie sie hinsichtlich der Annahme eines hinterlassenen **Erbtheiles** (als Erbserklärung, nach §. 799) vorgeschrieben erscheint. Dieses Recht (der Annahme oder Ausschlagung) wird, in Uebereinstimmung mit der Anordnung des §. 537, als ein Bestandtheil des Vermögens des Honorirten angesehen, und geht daher wie andere freivererbliche Rechte auch auf seine Nachfolger über, wogegen ein **noch nicht angefallenes** Vermächtniß für den Berufenen eigentlich noch gar nicht vorhanden ist, daher auch von ihm auf andere Personen nicht übertragen werden kann (§. 536). Stirbt daher ein (vermeintlicher) Legatar vor dem Tode des Erblassers oder vor dem Eintritte der ihm gesetzten Bedingung oder des Zeitpunktes, der einer Bedingung gleichgehalten wird, so erlischt das Vermächtniß; ist aber der beigefügte Zeitpunkt von der Art, daß er kommen muß, so wird das zugedachte Recht, wie andere unbedingte Rechte, auch auf die Erben des bedachten Legatars übertragen, und nur die Uebergabe bis zum festgesetzten Termine verschoben (§. 705) [1]. Eine Ausnahme findet nur dann statt, wenn der **Gegenstand** des Vermächtnisses ein Recht ist, welches auf die Person des Legatars eingeschränkt erscheint, weil dieses jedenfalls mit dem Tode des Berechtigten erlischt; wie wenn z. B. jemandem der **Fruchtgenuß** eines bestimmten Capitales zugedacht wäre (§. 529).

3. Will der Vermächtnißnehmer von den ihm zugedachten Rechte Gebrauch machen, so steht ihm zur Geltendmachung desselben eine **persönliche Klage** gegen den Onerirten offen; er befindet sich zu diesem in dem Verhältnisse eines Gläubigers zu seinem Schuldner (§. 688). Dieß gilt nicht nur bei dem **Gattungs-Vermächtnisse** (§§. 656—669), wo die dem Legatar zu entrichtende Sache in der Regel erst durch Auswahl (s. o. S. 265 d. W.) individualisirt werden muß, sondern auch bei dem Vermächtnisse einzelner Verlassenschaftsstücke (§. 660); auch bei diesem geht nämlich das **Eigenthumsrecht** auf die vermachte Sache nicht unmittelbar durch die bloße Annahme des Legatars auf den Vermächtnißnehmer über; die Anordnung des Erblassers gewährt vielmehr nur den **Titel** zur Erlangung des Eigenthumes (§. 424), welch' letzteres erst durch die rechtliche **Uebergabe** und Uebernahme erworben wird (§§. 425, 437 und 688), die je nach der Beschaffenheit der Sache vorzunehmen kömmt (§§. 426—429 und 431—437). Deßhalb bestimmt auch §. 178 des k. Pat. v. 9. Aug. 1854, Nr. 208 des R. G. Bl., daß denjenigen, welchen in den öffentlichen Büchern eingetragene unbewegliche Güter oder auf denselben haftende Forderungen aus einer Verlassenschaft nicht als Erben, sondern als Vermächtnißnehmern zufallen, von der Abhandlungsbehörde auf ihr Ansuchen die Bestätigung zu ertheilen sei, daß sie in den öffentlichen Büchern als Eigenthümer eingetragen werden können. Diese Vorschrift ist auch dann anzuwenden, wenn die Abhandlungsbehörde in einem Lande ihren Sitz hat, wo Landtafeln, Stadt- oder Grundbücher oder andere öffentliche Bücher dieser Art nicht bestehen, insofern die Erbschaft solche unbewegliche Güter und darauf haftende Forderungen umfaßt, deren Eigenthum nach den Gesetzen des Ortes, wo sie liegen, nur durch die Eintragung in das öffentliche Buch erwirkt werden kann. Liegen die unbeweglichen Güter in Ländern, wo andere Vorschriften über

---

[1]) In einem, in Nr. 67 der Ger. Halle v. J. 1863 und in Nr. 40 der Not. Ztg. vom J. 1863 mitgetheilten Rechtsfalle hatte der Erblasser die beiden Minderjährigen A und B mit einem Legate von 3000 fl. bedacht, welches ihnen bei Erreichung des Alters von 25 Jahren erfolgt werden sollte. Die Legirung dieses Vermächtnisses enthält nach der Ansicht des obersten Gerichtshofes (Entscheidung v. 20. October 1858, Z. 10636), beurtheilt nach der gewöhnlichen Bedeutung der vom Erblasser gebrauchten Worte, keine Bedingung, sondern bloß eine Bestimmung der Zeit, in welcher die Legatare die ihnen zugedachten Summen verlangen können. Nun ist aber diese Zeit ihrer Natur nach eine solche, welche nothwender Weise kommen muß, was im Sinne des §. 705 jeden Begriff einer Bedingung ausschließt. Das Recht überging demnach auf die Vermächtnißnehmer schon mit dem Zeitpunkte des Todes des Erblassers, und es genügt, wenn die letzteren diesen Zeitpunkt erlebt haben, um das Recht zum Vermächtnisse an ihre Erben zu übertragen.

die Erwerbungsart der dinglichen Rechte bestehen, so haben sich die Abhandlungsbehörden und die Betheiligten an die darüber bestehenden Normen zu halten [1]).

4. Bevor die Uebergabe erfolgt ist, gebührt dem Legatar, wie schon bemerkt wurde, kein Eigenthumsrecht an der vermachten Sache, er kann daher auch nicht die Eigenthumsklage anstellen, wenn diese Sache in die Hände dritter Personen gelangt ist, sondern es bleibt ihm nichts übrig, als sich mit seinem Anspruche an den Onerirten zu halten, inwiefern ein solcher überhaupt gegen ihn als begründet erscheint. Ist nämlich das in Frage stehende Verlassenschaftsstück ohne Verschulden des Onerirten in fremden Besitz gekommen (z. B. durch einen Diebstahl), so wird der Legatar nur verlangen können, daß ihm der Onerirte sein Vindicationsrecht gegen den dritten Besitzer abtrete [2]); hat es der Onerirte aber selbst unbefugter Weise veräußert, so wird der Legatar nach Umständen von ihm den Ersatz des Werthes der Sache (die eigentliche Schadloshaltung) oder gar die volle Genugthuung zu fordern berechtigt sein (§§. 1323 und 1324).

§. 685.

Zahlungstag [bei den Vermächtnissen].

Das Vermächtniß einzelner Verlassenschaftsstücke und darauf sich beziehender Rechte, kleine Belohnungen des Dienstgesindes und fromme Vermächtnisse können sogleich, andere aber erst nach Einem Jahre, von dem Tode des Erblassers, gefordert werden.

§. 686.

Bei dem Vermächtnisse eines einzelnen Verlassenschaftsstückes kommen dem Legatar auch die seit dem Tode des Erblassers laufenden Zinsen, entstandenen Nutzungen und jeder anderer Zuwachs zu statten. Er trägt hingegen auch alle auf dem Legate haftenden Lasten, und selbst den Verlust, wenn es ohne Verschulden eines Anderen vermindert wird oder gänzlich zu Grunde geht.

1. Obwohl der Legatar in der Regel gleich nach dem Tode des Erblassers, oder ausnahmsweise in dem Momente des Eintrittes der aufschiebenden Bedingung, für sich und seine Nachfolger ein Recht auf das Vermächtniß erwirbt (§. 684), so kann er doch im allgemeinen die Entrichtung desselben erst nach einem Jahre von dem Tode des Erblassers fordern [3]), weil eine unverzügliche Entrichtung oft sehr schwierig oder ganz unmöglich wäre, da häufig bei dem Tode des Erblassers die letztwillige Anordnung desselben nicht einmal bekannt ist, das zu leistende erst herbeigeschafft, die Qualität oder Quantität desselben bestimmt, oder die Person ausgemittelt werden muß, welcher es zu übergeben kömmt [4]). In dieses Jahr scheint der Todestag des Erblassers nicht eingerechnet werden zu dürfen [5]), denn auch schon das in der Note 3 angeführte Gesetz erläutert die in Frage stehende Fristbestimmung dergestalt, „daß, wenn der Testator zum Exempel den 1. Mai 1737 gestorben wäre, der Erbe vor dem 2. Mai 1738, als an welchem Tage diese Zeitfrist erst vollkommen

---

[1]) In dem, in Nr. 118 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1862 mitgetheilten Rechtsfalle hatte A das ihr in Gemeinschaft mit M von S hinterlassene Vermächtniß des Fruchtgenusses an dessen ganzem beweglichen und unbeweglichen Vermögen angenommen, und sich bereits unter Zustimmung des Erben und des Collegatars in den Besitz der einzelnen Verlassenschaftssachen gesetzt, als B noch vor der Einantwortung der Erbschaft wegen einer ihm an den Erblasser zustehenden Forderung gegen die Verlassenschaft des S die executive Pfändung aller dem Nutzungsrechte des A unterliegenden Grundstücke begehrte. Der oberste Gerichtshof erkannte unterm 21. Decemb. 1860, Z. 14552, daß dieses Executivbegehren unstatthaft sei, weil die A das Recht des Fruchtgenusses, noch ehe der B die executive Pfändung der demselben unterworfenen Grundstücke veranlaßte, rechtsgiltig erworben hatte; und weil der Gläubiger eines Verstorbenen, wenn er gleich aus der ganzen Verlassenschaft die Befriedigung seiner Forderung verlangen kann, doch sein Recht bezüglich einzelner Verlassenschaftsgegenstände, die bereits in das Eigenthum dritter Personen übergegangen sind, diesen Personen selbst gegenüber geltend machen muß.

[2]) S. Nippel, Erläut. Bd. 4, S. 348.

[3]) In Nieder-Oesterreich hatte schon eine Vdg. v. 12. April 1737 (Codex austr. Pars IV. pag. 920) bestimmt, daß ein Erbe nicht gehalten sein soll, vor Ausgang des Jahres, von dem Tode des Erblassers an, das Legat abzuführen. Diese Bestimmung ist auch in das galiz. G. B. (Thl. II, §. 472) und aus diesem in den §. 685 unseres a. b. G. B. übergegangen.

[4]) S. Winiwarter: Von dem Zahlungstage der Vermächtnisse. Zur Erläuterung des §. 685 und der mit demselben in Verbindung stehenden §§. des a. b. G. B. (Zeitschr. für österr. Rechtsgel. 1830, I., S. 171).

[5]) Winiwarter, a. a. O. S. 172. — Unger, Erbr. S. 280, Anmerkg. 5.

verflossen, das Legat abzuführen nicht schuldig sein solle;" ferner verfügt der §. 903, daß dem Verpflichteten zur Erfüllung einer Verbindlichkeit der ganze bestimmte Tag zu Statten komme, was aber nicht der Fall wäre, wenn auch der Todestag zu diesem Jahre gezählt würde, da ja der Erblasser erst in dem letzten Augenblicke desselben gestorben sein kann; endlich fällt auch nach §. 1334 einem Schuldner erst nach dem Tage der geschehenen gerichtlichen oder außergerichtlichen Einmahnung eine Verzögerung zur Last. Das Jahr muß nach §. 902 zu 365 Tagen gerechnet werden.

2. Von der Regel des §. 685 gibt es allerdings gewisse Ausnahmen, in denen das Vermächtniß sogleich — d. h. wohl nach Analogie des §. 904 ohne unnöthigen Aufschub — gefordert werden kann [1]), entweder weil dasselbe besonders dringend ist (z. B. bei Belohnungen des Dienstgesindes) oder weil dessen Entrichtung keiner Schwierigkeit unterliegt [2]). Hierher gehört zuvörderst das Vermächtniß eines einzelnen Verlassenschaftsstückes, d. i. einer bestimmten Sache (§. 660), welche sich in dem Eigenthume des Erblassers befindet (z. B. seines Siegelringes, seiner silbernen Dose, oder einer bestimmten Forderung, welche er an einen dritten zu stellen hat u. dgl.), da unter der Voraussetzung, daß die Anordnung selbst und die Person des Legatars keinem Zweifel unterliegt, die Ablieferung in der That auch alsbald erfolgen kann. Wäre dagegen die vermachte Sache zwar eine bestimmte, aber dem Erben, dem Legatar oder einem dritten gehörig (§. 662), also kein Verlassenschaftsstück, so bliebe es bei der Regel [3]). Das nämliche hätte dann zu gelten, wenn eine Sache in der Art vermacht wurde, daß sie aus mehreren in der Verlassenschaft vorhandenen Sachen derselben Gattung genommen werden soll (wenn es z. B. hieße, eine von meinen Uhren vermache ich dem A), weil auch diese nicht unter dem Begriff eines einzelnen Verlassenschaftsstückes subsumirt werden kann, und erst durch die Wahl des Erben, des Legatars, eines dritten oder des Gerichtes individualisirt werden muß [4]).

3. Die in Frage stehenden Vermächtnisse sollten eigentlich gleich nach dem Tode des Erblassers realisirt werden; es wird also die, wenn auch später erfolgende Uebergabe auf den Moment des Todes zurückbezogen [5]). Von diesem Zeitpunkte an gebühren daher dem Legatar:

a) Die laufenden Zinsen (§. 686). Hierunter dürften, wie schon Winiwarter (bürgl. Recht, Bd. 3, S. 215) bemerkt hat, die für den Gebrauch einer Sache zu entrichtenden Leistungen, also Mieth-, Pacht- und Grund-Zinsen (richtiger Zinse) zu verstehen sein, denn von den Zinsen eines vermachten Capitales (einer vermachten Forderung) bestimmt ja der §. 664, daß nicht nur die weiter laufenden, sondern auch die rückständigen Zinsen dem Legatar überlassen werden müssen. — Die gedachten Zinse(n) gebühren dem Vermächtnißnehmer nur, wenn sie der Erblasser nicht etwa schon im vorhinein bezogen hat, weil sie im letzteren Falle bereits sein Eigenthum geworden und daher in dem Legate nicht weiter mitbegriffen sind, und sie kommen dem Legatar nur von dem, auf den Todestag des Erblassers folgenden Tage zu Statten, weil solche Leistungen nicht von Moment zu Moment, sondern höchstens nach Tagen berechnet zu werden pflegen, und weil der Erblasser auf die für seinen Sterbetag entfallenden Nutzungen bereits mit dem Anfange dieses Tages ein Recht erworben hat (Analogie aus §. 903) [6]).

---

[1]) S. Winiwarter, a. a. O. S. 177.

[2]) S. Zeiller, Comment. Bd. 2, S. 634.

[3]) So hieß es auch schon in der Vdg. v. 12. April 1737: „wann der Testator rem specificam sed alienam u. z. einen Grund, so einem andern zugehört, vermacht hätte; auf solchen Fall solle der Erbe vor Ausgang des Jahres diesen Grund dem Legatario zu verschaffen nicht schuldig, bis dahin auch, falls er ihn etwa eher einige Zeit schon bekommen hätte, zu genießen berechtiget sein".

[4]) S. Nippel (Erläut. Bd. 4, S. 349) gegen Winiwarter (bürgl. Recht Bd. 3, S. 210), welcher behauptet, daß ein solches Vermächtniß wie das Vermächtniß einer völlig bestimmten Sache sogleich erfüllt werden müsse.

[5]) Auf dem gleichen Grunde beruht die Verfügung der §§. 1050 und 1064.

[6]) Winiwarter, bürgl. Recht, Bd. 3, S. 217.

b) Der Vermächtnißnehmer hat weiters Anspruch auf die seit dem Tode des Erblassers entstandenen Nutzungen. Winiwarter (bürgl. Recht, Bd. 3, S. 216) begreift unter diesem Ausdrucke jene Civilfrüchte (siehe Bd. I, S. 411 d. W.), welche außer den Mieth- und Pacht-Zinsen bezogen werden (z. B. Zehentabgaben, Laudemien, Robot-Reluitionen u. dgl.); allein das Beiwort „entstandene" scheint vielmehr auf die natürlichen Früchte hinzudeuten, welche aus einer Sache entstehen (§. 404), also auf die Früchte eines vermachten Grundstückes u. dgl. Bei diesen kömmt es wirklich auf den Augenblick des Todes an, so daß, wenn die Absonderung (und zwar ohne Unterschied der Reife) vor demselben erfolgte, eine Herausgabe nicht stattfindet.

c) Endlich gebührt dem Legatar auch noch jeder andere Zuwachs, wenn er gleich erst nach dem Tode des Erblassers von außen zu der vermachten Sache hinzugekommen ist, wie das angespülte Erdreich u. dgl.[1]), und ebenso würde auch der Antheil eines Schatzes, der nach dem erwähnten Zeitpunkte auf dem vermachten Grundstücke gefunden wurde, dem Legatar herausgegeben werden müssen.

4. Anderseits hat aber auch der Legatar von dem Zeitpunkte des Todes an alle auf dem Legate haftenden Lasten zu tragen, mögen dieselben aus einem privatrechtlichen Verhältnisse (wie die Zinsen der auf einem Gute eingetragenen Capitalien), oder aus dem öffentlichen Rechte (wie Steuern und Gemeindeabgaben) entspringen (vgl. oben S. 114 d. W.), jedoch nur insofern sie nicht bei dem Ableben des Testators etwa schon rückständig waren, und die fortlaufenden auch nur nach dem Verhältnisse der Zeit des Genusses. Ebenso trifft den Vermächtnißnehmer auch der zufällige gänzliche Untergang oder die durch Zufall herbeigeführte Verminderung der Sache, in Uebereinstimmung mit dem Grundsatze, daß, wer die commoda einer Sache erhält, auch die incommoda zu tragen hat. Fällt dagegen jemandem, sei es dem Onerirten, sei es einem dritten, in dieser Hinsicht ein Verschulden zur Last, so kann der Legatar von ihm den Ersatz des zugefügten Schadens verlangen (§. 1295).

5. Eine weitere Ausnahme von der Regel des §. 685 tritt bei jenen Vermächtnissen ein, deren Gegenstand ein Recht ist, welches sich auf ein einzelnes Verlassenschaftsstück (d. i. nach obigem eine völlig bestimmte, im Eigenthum des Erblassers befindliche Sache) bezieht; z. B. das Pfandrecht u. dgl. und es dürften hier alle unter den Z. 2, 3 und 4 gemachten Bemerkungen zu wiederholen kommen. Wäre daher jemandem der Fruchtgenuß eines bestimmten Capitales zugedacht, und der Legatar ginge vor Einräumung desselben mit Tode ab, so hätten zwar seine Nachfolger keinen Anspruch auf die Fortsetzung des Vermächtnisses (s. S. 286), sie könnten aber die Herausgabe der in der Zwischenzeit (zwischen dem Tode des Erblassers und dem Tode des Legatars) verfallenen Nutzungen allerdings verlangen[2]).

6. Ebenso können sogleich gefordert werden: kleine Belohnungen des Dienstgesindes, welche gemeiniglich dazu bestimmt sind, die größere Bemühung, welche die letzte Krankheit des Testators verursachte, zu vergelten, oder einen Ersatz für das Aufhören des Dienstes zu bilden, welches durch den Tod des Erblassers veranlaßt wurde. Ob eine Belohnung als eine kleine anzusehen sei, müßte von dem Richter nach den obwaltenden Verhältnissen, insbesondere nach dem Stande der Verlassenschaft beurtheilt werden[3]).

---

[1]) Da der Zuwachs einer Sache, so lange er von derselben nicht abgesondert ist, ein Zugehör derselben bildet (§. 294), so folgt von selbst, daß der Zuwachs, der bei Lebzeiten des Erblassers, wenngleich erst nach Errichtung seines letzten Willens die legirte Sache vermehrt hat, und nicht wieder abgesondert wurde, dem Legatar zu Statten kömmt.

[2]) Anderer Meinung ist dießfalls Unger, Erbr. S. 305, Anmerkg. 2. „Der Anspruch auf die Früchte ist nur ein Ausfluß des wirklich zustehenden Rechtes; hat es der Legatar versäumt, sich dasselbe einräumen zu lassen, so hat, vom Fall einer Mora des Erben abgesehen, weder er selbst noch sein Nachfolger irgend welchen Anspruch auf die Vortheile des gar nicht existent gewordenen Rechtes; hat aber gleich der Legatar sich das dingliche Recht bestellen lassen, so kann er doch auch in diesem Fall die Früchte erst von der Zeit der Bestellung an in Anspruch nehmen, da er das Recht vor dessen Existenz nicht ausüben kann."

[3]) S. Winiwarter, a. a. O. S. 177. — So sagt schon das Pat. vom 12. April 1737: „die

7. Unter diejenigen Vermächtnisse, welche sogleich nach dem Tode des Erblassers ausgefolgt werden sollen, zählt der §. 685 auch die frommen Vermächtnisse (Vermächtnisse zu frommen Absichten, sagt der §. 778), ohne jedoch diesen Begriff näher zu bestimmen. Der gesetzliche Sprachgebrauch ist nun in Ansehung derselben leider äußerst schwankend, und auch die Ansichten der Schriftsteller weichen bedeutend von einander ab. Zeiller (Comment. Bd. 2, S. 634) versteht darunter alle Vermächtnisse, die unmittelbar zu religiösen Zwecken, oder für Stiftungen und Arme bestimmt sind; Nippel (Erläut. B. 4, S. 351) aber jene, welche der Erblasser zur Rettung und Ruhe seiner Seele, zu wohlthätigen und religiösen sogleich zu realisirenden Zwecken aussetzt; Prockner[1]) nennt (mit Bezugnahme auf das Erbsteuer-Patent v. 15. October 1810) fromme Legate diejenigen, welche vermöge der Bestimmung des Erblassers, oder des Gesetzes zunächst zu gottesdienstlichen Functionen; für die zur Uebung der Andacht gewidmeten Orte; für die Geistlichkeit; auf Gegenstände des Cultus und der allgemeinen Verehrung; zur Befestigung und Ausbreitung der Religion; zur Unterstützung der hilflosen und leidenden Menschheit; zur Bildung der Jugend mittelbar oder unmittelbar; endlich als Nachlässe der Grundherren hinsichtlich der aus dem emphiteutischen Verhältnisse entstandenen, aber im Rückstande verbliebenen Giebigkeiten an ihre Grundholden angeordnet werden. — Winiwarter (a. a. O. S. 179) rechnet zu den frommen Vermächtnissen alle, welche im Verhältnisse der Verlassenschaftsmasse nicht beträchtlich und für die Armen zur Vertheilung oder zu religiösen, sogleich zu realisirenden Zwecken, oder endlich zu solchen zur Versorgung hilfsbedürftiger Personen bestimmten Instituten hinterlassen werden, zu welchen keine gesetzlichen Beiträge bestehen. — Mit Recht wird von den beiden letztgenannten Schriftstellern hervorgehoben, daß die frommen Vermächtnisse mit den wohlthätigen und den gemeinnützigen Legaten nicht verwechselt werden dürfen. Wohlthätig ist alles, was zur Erleichterung oder zur Verbesserung des Zustandes eines Bedrängten dient; es ist aber deßhalb noch nicht fromm, wenn nicht zugleich ein religiöser Zweck dabei verfolgt wird; wie wenn z. B. ein Gläubiger seinem hartbedrängten Schuldner die Schuld erläßt. Dagegen sind aber auch umgekehrt nicht alle frommen Vermächtnisse zugleich wohlthätige, wie z. B. Legate auf Messen, Litaneien, zur Zierde eines geistlichen Bildes u. dgl. — Gemeinnützig heißt alles, was dem Staate oder einer Gemeinde mittelbaren oder unmittelbaren Vortheil bringt, wie z. B. die Errichtung einer Wasserleitung, die Unterstützung eines Zwangsarbeitshauses u. s. w., ohne daß man sagen kann, es wird eine fromme Absicht dadurch erreicht. Mit Recht führt daher der §. 778 die zu öffentlichen Anstalten und die zu frommen Absichten bestimmten Vermächtnisse neben einander auf, und ebenso unterscheidet das Hfd. v. 29. August 1836, Nr. 154 der J. G. S., Vermächtnisse, welche einer Stiftung, Kirche, Schule, geistlichen Gemeinde, öffentlichen Anstalt oder den Armen zugewendet werden, oder wodurch überhaupt eine zur Beförderung frommer oder gemeinnütziger Zwecke dienliche Verfügung getroffen wird. Uns scheinen unter die frommen Vermächtnisse folgende zu gehören: a) alle diejenigen, welche der Erblasser selbst als solche, oder unter dem Ausdrucke zu frommen Werken, zu frommen Absichten ohne nähere Bestimmung bezeichnet; b) jene, welche der Erblasser zur Rettung und Ruhe seiner Seele aussetzt[2]); c) Vermächtnisse auf heilige Messen und andere religiöse Zwecke[3]);

Frage, was für ein Legat pro modico zu halten? solle dem vernünftigen Ermessen eines jeglichen Richters überlassen sein.

[1]) Ueber den Begriff frommer Vermächtnisse nach österreichischen Gesetzen in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1837, II., S. 33.

[2]) Unbestimmte, der Geistlichkeit auf fromme Werke legirte Summen sind in Fällen, wo dieselben zur Rettung und Ruhe der Seele des Erblassers überhaupt, und nur im allgemeinen bestimmt sind, simpliciter, der Betrag bestehe worin er wolle, der Absicht des Erblassers gemäß sogleich auszufolgen u. s. w. (Hfd. vom 1. März 1809, Nr. 885 d. J. G. S.).

[3]) Vgl. das Hfd. v. 17. September 1812, Nr. 1006 der J. G. S., vermöge dessen Vermächtnisse, welche ohne eine bestimmte Verbindlichkeit bloß zur Rettung und Ruhe der Seele des Erblassers im allgemeinen überlassen werden, sogleich auszufolgen, und zu 1/3 auf heilige Messen, zu 2/3 zur Vertheilung

d) Vermächtnisse an Arme [1]). Dagegen dürften nicht hierher zu zählen sein: die Vermächtnisse zu öffentlichen (gemeinnützigen) Anstalten, welche sich nicht mit der Armenpflege beschäftigen, wie z. B. Schulen, Krankenhäuser, Blinden- und Taubstummen-Institute u. dgl. Winiwarter meint (a. a. O. S. 180 und in seinem bürgl. Rechte Bd. 3, S. 213), daß von den frommen Vermächtnissen des §. 685 auch jene auszuscheiden seien, welche eine Stiftung begründen, d. h. nicht zur sogleichen Ausfolgung bestimmt sind, sondern fruchtbringend angelegt werden müssen, damit aus den Einkünften derselben eine fortdauernde Leistung zu gewissen (frommen oder gemeinnützigen) Zwecken erfolgen könne [2]). Wir können jedoch diese Ansicht nicht theilen. Es ist zwar richtig, daß eine Stiftung nicht sogleich nach dem Tode des Erblassers vollzogen werden kann, wenn man diesen Ausdruck buchstäblich nimmt, weil vorerst über die Annehmbarkeit derselben, sowie über die Anlegung und Verwaltung des Stiftungsfondes von der administrativen Behörde, bei geistlichen Stiftungen einverständlich mit dem Ordinariate entschieden [3]), und die Casse angewiesen werden muß, an welche das Vermächtniß abzuführen kömmt [4]); allein wir haben schon oben (S. 288 d. W.) bemerkt, daß der Ausdruck „sogleich" nur so viel als „ohne unnöthigen Aufschub" bedeute; und in diesem Sinne müssen auch Stiftungsvermächtnisse sogleich (nicht etwa erst nach Jahresfrist), wenn die nöthigen Vorbereitungen getroffen sind, abgeführt werden. Deßhalb verfügt auch §. 84 des Pat. v. 9. August 1854, Nr. 208 des R. G. Bl., daß die den Staatscassen oder öffentlichen Anstalten einer Gemeinde, Kirche, Schule, den Armen oder einer frommen Stiftung durch das Gesetz oder einen letzten Willen zugefallenen Erbschaften und bedeutenden Vermächtnisse von dem Gerichte sogleich dem Statthalter bekannt zu machen seien, während eben dahin am Ende jeden halben Jahres ein Verzeichniß sämmtlicher geringerer Vermächtnisse der angeführten Art zu übersenden kömmt.

8. Die Verfügung des §. 686, vermöge welcher dem Legatar die Zinsen der vermachten Sache u. s. w., wenn diese ein einzelnes völlig bestimmtes Verlassenschaftsstück ist, seit dem Tode des Testators gebühren, kann unserer Ansicht zufolge nicht auch auf die andern, im §. 685 benannten Vermächtnisse ausgedehnt werden, da der Grund hiervon nicht in einer mora des Onerirten, sondern darin gelegen scheint, daß bei derlei Gegenständen eigentlich unmittelbar das Eigenthum von dem Erblasser auf den Legatar übergehen soll. Bei allen übrigen Vermächtnissen wird dieser daher nur Verzögerungszinsen zu fordern berechtigt sein, welche aber nicht vom Todestage des Erblassers, sondern von dem Tage gebühren können, an welchem sich der Onerirte wirklich im Verzuge befindet; ein solcher fällt ihm aber nach §. 1334 erst dann zur Last, wenn er den durch das Gesetz bestimmten Zahlungstag nicht zuhält, oder wenn er in dem Falle, daß die Zahlungszeit nicht bestimmt ist, nach dem Tage der geschehenen gerichtlichen oder außergerichtlichen Einmahnung sich nicht mit dem Gläubiger abgefunden hat [5]).

---

von Almosen an Arme, denen ein angemessenes Gebet für den Erblasser zur Pflicht zu machen ist, verwendet werden sollen.

[1]) Hfd. v. 22. December 1788, Nr. 938 der J. G. S. Dieses verfügt, daß sich an die im Jahre 1754, dann unterm 1. Juli 1769 in Absicht auf die frommen Vermächtnisse ergangenen Normal-Verordnungen strenge zu halten sei, in deren Folge alle jene Legate, die ohne alle Bestimmung auf Arme überhaupt vermacht wurden, zur Hälfte zum Invalidenfonde einzufließen haben.

[2]) Deßhalb unterscheidet, wie schon o. S. 263 d. W. in der Note 1 angegeben wurde, das Hfd. v. 19. Jänner 1809 (pol. G. S. Bd. 32, S. 3) die frommen Vermächtnisse in Manual-Legate und Stiftungs-Summen.

[3]) Hfkzld. v. 25. Februar 1808 (pol. G. S. Bd. 30, S. 124); Hfkzld. v. 21. Mai 1841, Nr. 541 der J. G. S.

[4]) Hfd. v. 23. Juni 1803, Nr. 612 der J. G. S.

[5]) In Ansehung der Stiftungen bestimmt zwar das Hfkzld. v. 27. Juni 1822, Nr. 1880 der J. G. S.: „es sei darauf zu sehen, ob mit dem Capital auch die vom Todestage des Stifters zu berechnenden Interessen abgeführt worden seien; indem nämlich dieselben den frommen Vermächtnissen nicht nur nach dem §. 685 des a. b. G. B., sondern auch deßwegen gebühren, weil der Wille des Erblassers gewöhnlich auf jährliche Leistungen gerichtet ist, die schon mit dem Todestage beginnen sollen, folglich es auch für den Erben, der für die vollständige Erfüllung der Willenserklärung überhaupt zu sorgen hat, Pflicht sei die Verzinsung von dem Todestage zu leisten;" — allein abgesehen davon, daß die Motivirung dieses Hofdecretes eine geradezu verfehlte ist, kömmt zu bemerken, daß dasselbe nur von der politischen Hof-

Uebereinstimmend mit dieser Ansicht hat der oberste Gerichtshof mit Beschluß vom 24. October 1872, Z. 6531, den Rechtssatz in das Spruchrepertorium unter Nr. 28 aufgenommen: Das Versäumniß des Vermächtnißschuldners beginnt am gesetzlichen Zahlungstage des Legates (§. 685 a. b. G. B.) auch ohne Aufforderung des Gläubigers zur Zahlung.

9. Außer den im §. 685 genannten Vermächtnissen ist auch noch das Legat des Unterhaltes als ein solches anzusehen, welches vor Verlauf des sonst dem Beschwerten zu gute kommenden Jahres entrichtet werden muß; denn der §. 691 verfügt ausdrücklich, daß dem Legatar der Unterhalt von dem Tage des Erbanfalles gebühre, und nach §. 1418 müssen Alimente wenigstens immer auf einen Monat vorausbezahlt werden. Dagegen scheint das Vermächtniß des Pflichttheiles nicht hierher gerechnet werden zu können; denn der §. 774 bestimmt zwar allerdings, daß der Pflichttheil auch in Gestalt eines Vermächtnisses hinterlassen werden könne, den Notherben aber jedenfalls ganz frei bleiben müsse, so daß eine denselben einschränkende Bedingung oder Belastung ungiltig ist — allein hieraus folgt noch nicht, daß auch die Uebergabe dieses Vermächtnisses sogleich nach dem Tode des Erblassers gefordert werden könne; denn die richtige Ausmessung des Pflichttheiles (§. 784) setzt ja voraus, daß die Verlassenschaft bereits ins Reine gebracht sei; und überhaupt kömmt ein solcher Notherbe jedem andern Vermächtnißnehmer gleich zu halten; nur kann er, wenn er sich der aus dem Vermächtnisse folgenden Beschränkung nicht unterwerfen will, sich des im §. 808 gegründeten Rechtes bedienen, nämlich den ihm aus der Einsetzung zukommenden Vortheil ausschlagen und sich den Pflichttheil vorbehalten [1]).

10. Ist ein Vermächtniß unter einer aufschiebenden Bedingung hinterlassen, oder auf einen gewissen Zeitpunkt dergestalt beschränkt, daß das zugedachte Recht erst mit dem Eintritte desselben seinen Anfang nehmen soll, so wird, wenn dieß auch vor Ablauf des Sterbejahres geschähe, dennoch keine Ausnahme von der Anordnung des §. 685 begründet; denn die Erfüllung der Bedingung, so wie der Eintritt des Zeitpunktes bestimmt nur den Anfallstag (s. o. S. 285 d. W.), nicht aber den Zahlungstag des Legates; wohl aber könnte dieser auch über den Ablauf des Sterbejahres hinausgeschoben werden, wenn der Anfall erst später Platz greift, weil der Zahlungstag dem Anfallstage niemals vorausgehen kann. Eine Ausnahme würde nur dann stattfinden, wenn der Erblasser ausdrücklich angeordnet hätte, daß das Vermächtniß zu einer bestimmten Zeit entrichtet werden solle, und diese Zeit vor Ablauf des Sterbejahres eintritt, weil es ja dem Testator freisteht, seiner Anordnung willkürliche Bestimmungen beizufügen, wofern sie nur nichts gesetzwidriges enthalten [2]). Unzweifelhaft kann auch der Erblasser selbst den Zahlungstag des Vermächtnisses beliebig hinausschieben [3]).

---

stelle erlassen, und von der obersten Justizstelle den Appellationsgerichten (durch Hfd. v. 12. Juli 1822) bloß zu dem Ende mitgetheilt wurde, um eine größere Beschleunigung der Verlassenschafts-Abhandlungen, bei denen der Fiscus einzuschreiten hat, zu erzielen, daß es aber keineswegs in der Absicht desselben lag, eine Erläuterung des §. 685 des a. b. G. B. zu geben, oder überhaupt nur eine Justizsache zu entscheiden. — So wurde auch in einem von Dr. Prockner (im Jurist, Bd. 3, S. 350) mitgetheilten Civilrechtsfalle über die Zeit der Bezahlung frommer Vermächtnisse und der hiervon entfallenden Zinsen von dem obersten Gerichtshofe auf die Vorschrift des eben erwähnten Hofkanzleidecretes keine Rücksicht genommen, sondern erkannt, daß die Verzugszinsen erst von dem Tage zu entrichten seien, da von dem Fiscalamte die wirkliche Forderung zur Auszahlung der Stiftungssumme gestellt, und die Casse angegeben wurde, bei welcher die Erlegung zu geschehen hatte. Eine entgegengesetzte Entscheidung erfloß von Seite des obersten Gerichtshofes unterm 12. September 1860, Z. 10101 (allg. österr. Ger. Ztg. J. 1860, Nr. 151). In den Entscheidungsgründen wird sich darauf berufen, daß es offenbar in der Absicht der §§. 685, 686 und 687 gelegen sei, die Zahlungszeit eines Legates zu bestimmen, wenn der Erblasser es nicht gethan hat, und daß bei frommen Vermächtnissen die Verfallszeit sogleich, d. i. mit dem Todestage des Erblassers eintrete. — Allein hiermit ist noch nichts für die in Frage stehende Behauptung bewiesen, denn wie schon oben erwähnt wurde, kann bei frommen Vermächtnissen die Pflicht zur Zahlung von Zinsen nur durch eine Mora des Onerirten begründet werden; diese tritt aber nicht sofort mit dem Tode des Erblassers ein. Wir können daher auch jene Entscheidung nur als eine verfehlte bezeichnen.

[1]) S. Winiwarter, a. a. O. S. 187. — Anderer Meinung ist Unger, Erbr. S. 281, Anmerkg. 8.

[2]) S. Winiwarter, a. a. O. S. 188.

[3]) Vgl. z. B. den in Nr. 98 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1856 mitgetheilten Rechtsfall (und die darüber erflossene Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 16. April 1856, Z. 3673), in welchem der Erblasser verfügt hatte, daß der Erbe die Legate „wann es ihm beliebt" bezahlen solle.

§. 687.

Wird Jemanden ein in wiederkehrenden Fristen, als: alle Jahre, Monate u. dgl., zu leistender Betrag vermacht; so erhält der Legatar ein Recht auf den ganzen Betrag dieser Frist, wenn er auch nur den Anfang der Frist erlebt hat. Doch kann der Betrag erst mit Ablauf der Frist gefordert werden. Die erste Frist fängt mit dem Sterbetage des Erblassers zu laufen an.

1. Das Vermächtniß eines in wiederkehrenden Fristen zu leistenden Betrages umfaßt eigentlich so viele einzelne Vermächtnisse als Fristen, und zwar in der Art, daß das erste Legat als ein unbedingtes erscheint, während die folgenden von der Bedingung abhängen, daß der Legatar den betreffenden Termin erlebe. Der Anfall jedes einzelnen Legates findet am ersten Tage der beginnenden Frist statt. Der Legatar erwirbt also den Anspruch auf die erste Fristzahlung mit dem Sterbetage des Erblassers [1]), und auf jeden weiteren Betrag, sobald er auch nur den Anfang der Frist erlebt hat, und er überträgt das Recht, die Auszahlung (s. unten Z. 2) des ganzen Betrages zu verlangen, auf seine Nachfolger (§. 684), wenn er auch während des fraglichen Termines stirbt.

2. Der Zahlungstag tritt für jedes einzelne Legat erst mit Ablauf der Frist ein, wie der §. 687 ausdrücklich verfügt; es wäre denn das Vermächtniß insbesondere zum Unterhalte des Legatars bestimmt, weil Alimente nach §. 1418 immer wenigstens auf einen Monat voraus bezahlt werden müssen. Sollte der erste Zahlungstermin vor Ablauf des Sterbejahres eintreten (§. 685), so kann die Zahlung doch nicht früher, als am Ende desselben gefordert werden, da der §. 685 dießfalls keine Ausnahme enthält; allerdings wären aber dem Legatare sämmtliche verfallene Termine nachzuzahlen [2]).

3. Die Dauer des in Frage stehenden Vermächtnisses kann von dem Erblasser nach Belieben bestimmt werden, er kann es daher auf einen gewissen Zeitraum (z. B. zehn Jahre) oder auf eine (auflösende) Bedingung einschränken (z. B. so lange die Legatarin Witwe bleibt), er kann es aber auch auf die Erben des Legatars (also über dessen Lebenszeit) ausdehnen.

4. Verschieden von dem in Frage stehenden Vermächtnisse ist der Fall, wenn der Erblasser eine Summe im Ganzen vermacht, und nur die Auszahlung derselben zur Erleichterung des Onerirten auf einzelne Termine vertheilt hat (Ratenvermächtniß), denn hier wird das Legat eben als Ganzes der Regel (§. 684) nach gleich mit dem Tode des Erblassers erworben, und es kömmt weiters nicht darauf an, ob der Legatar die einzelnen Zahlungstermine erlebt habe oder nicht.

§. 688.

Recht des Legatars zur Sicherstellung.

In allen Fällen, in welchen ein Gläubiger von einem Schuldner Sicherstellung zu fordern berechtigt ist, kann auch ein Legatar die Sicherstellung seines Legates verlangen. Wie die Einverleibung eines Vermächtnisses zur Begründung eines dinglichen Rechtes geschehen müsse, ist oben §. 437 vorgeschrieben worden.

Nach römischem Rechte waren die Ansprüche der Vermächtnißnehmer durch eine gesetzliche Hypothek und durch die cautio legatorum servandorum gesichert, zu welcher der Onerirte bei Vermeidung der s. g. immissio legatorum servandorum causa in die dem Beschwerten zugefallenen Erbschaftsgüter, und bei fortgesetzter Steigerung in die eigenen Güter desselben verpflichtet war. Unser Gesetzbuch, welches überhaupt den stillschweigenden gesetzlichen Pfandrechten (s. oben

---

[1]) Immerhin kann aber der Erblasser selbst bestimmen, daß die vermachte Rente früher zu laufen beginne (z. B. daß die einem Diener vermachte Pension von seiner, wann auch vor dem Tode des Erblassers eingetretene Dienstes-Enthebung zu berechnen sei). Vgl. den in Nr. 19 der Ger. Halle v. J. 1860 mitgetheilten Rechtsfall.

[2]) S. Winiwarter, bürgl. Recht, Bd. 3, S. 219. — Nippel, Erläut. Bd. 4, S. 361. — Anderer Meinung ist Zeiller, Comment. Bd. 2, S. 640, und Unger, Erbr. S. 314, Anmerkg. 2.

S. 9 d. W.) und den Cautionen nicht hold ist, fand es für zweckmäßig, von diesen Bestimmungen abzugehen, und dem Vermächtnißnehmer keine mehreren Rechte einzuräumen, als einem jeden Gläubiger seinem Schuldner gegenüber zustehen. Das Vermächtniß allein gibt also nicht einmal einen Titel zum Pfandrechte, allerdings räumt aber der §. 812 dem Legatare, wenn er besorgt, durch die Vermengung der Verlassenschaft mit dem Vermögen des Erben für seine Forderung Gefahr zu laufen, das Recht ein, vor der Einantwortung zu verlangen, daß die Erbschaft von dem Vermögen des Erben abgesondert, vom Gerichte verwahrt, oder von einem Curator verwaltet, und sein Anspruch darauf vorgemerkt werde; doch würde selbst das erwirkte Pfandrecht dem Legatar keinen Vorzug vor den unbedeckten Erbschaftsgläubigern, ja nicht einmal vor den übrigen Vermächtnißnehmern gewähren, denn der §. 692 verfügt ausdrücklich, daß in dem Falle, als die Verlassenschaft zur Bezahlung der Schulden, anderer pflichtmäßiger Auslagen und zur Berichtigung aller Vermächtnisse nicht hinreicht, sämmtliche Legatare [1]) einen verhältnißmäßigen Abzug erleiden müssen. Das erlangte Pfandrecht sichert daher nur vor einer schlechten Gebahrung des Erben mit der ihm zur Benützung und Verwaltung anvertrauten Verlassenschaft [2]).

Endlich ordnet der §. 178 des Patentes v. 9. August 1854, Nr. 208 des R. G. Bl., an, daß dem Legatar von der Abhandlungsbehörde eine Bestätigung auszufertigen ist, daß er in dem öffentlichen Buche als Eigenthümer eingetragen werden könne, auf Grund welcher Bestätigung nach §. 33, lit. d des allg. Grundb. Gesetzes die Einverleibung erfolgen kann.

§. 689.

Wem ein erledigtes Vermächtniß zufalle?

Ein Vermächtniß, welches der Legatar nicht annehmen kann oder will, fällt auf den Nachberufenen (§. 652). Ist kein Nachberufener vorhanden, und ist das ganze Vermächtniß mehreren Personen ungetheilt oder ausdrücklich zu gleichen Theilen zugedacht; so wächst der Antheil, den einer von ihnen nicht erhält, den übrigen eben so, wie den Miterben die Erbschaft zu. Außer den gedachten zwei Fällen bleibt das erledigte Vermächtniß in der Erbschaftsmasse.

1. Es ist schon oben (S. 286 d. W.) bemerkt worden, daß auch der Legatar ein ihm zugedachtes Vermächtniß nur dann erwerben kann, wenn es zur Zeit des Anfalles desselben erbfähig ist, und daß er, ebensowenig als der Erbe, gezwungen werden darf, den ihm bestimmten Nachlaß anzunehmen; es drängt sich also von selbst die Frage auf, was mit einem Vermächtnisse zu geschehen habe, welches dadurch erledigt wird, daß es der Legatar entweder nicht annehmen kann oder will? — Vor allem ist nun hier darauf zu sehen, ob der Erblasser selbst in Ansehung des Legates eine gemeine oder fideicommissarische Substitution (§. 652) angeordnet hat, in welchem Falle die hierfür bestehenden Vorschriften zur Anwendung zu kommen haben, so daß das erledigte Vermächtniß an den gemeinhin (§. 604) oder fideicommissarisch Substituirten fällt (§. 608), weil die fideicommissarische Substitution die gemeine stillschweigend in sich begreift.

2. Ist kein Nachberufener vorhanden, so kömmt es weiter darauf an, ob das Vermächtniß nur einer einzelnen Person, oder ob es mehreren hinterlassen wurde, und ob unter der letztgedachten Voraussetzung das Recht des Zuwachses Platz greift, was dann der Fall ist, wenn die mehreren Vermächtnißnehmer (Collegatare) ohne Bestimmung der Theile, oder in dem allgemeinen Ausdrucke einer gleichen Theilung (§. 560) zu dem Vermächtnisse berufen sind [3]).

---

[1]) Nur das Legat des Unterhaltes geht nach §. 691 zwar nicht den Schulden des Erblassers, aber den übrigen Legaten vor.

[2]) S. Nippel, Erläut. Bd. 4, S. 363.

[3]) S. die Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 19. Mai 1859, Z. 4199, in der allg. österr. Ger. Ztg. J. 1859, Nr. 81. Verschieden hiervon ist der Fall, wenn das mehreren zugedachte Legat bereits angenommen wurde und nur die Zeit, worauf es beschränkt war, bei einem oder dem andern der Mitvermächtnißnehmer abgelaufen ist. Hier kann von einem Zuwachsrechte keine Rede sein, weil das Gesetz eines

3. Findet auch kein Accrescenzrecht statt, so fällt das erledigte Vermächtniß an den mit der Entrichtung desselben Onerirten. Dieß ist in der Regel der Erbe (§. 649), deßhalb verfügt auch der Schlußsatz des §. 689, „daß das erledigte Vermächtniß in der Erbschaftsmasse bleibe.“ Ausnahmsweise kann aber auch ein Legatar mit der Entrichtung eines weiteren Vermächtnisses (Aftervermächtnisses) beauftragt werden (§. 649), und in diesem Falle muß analog das in Erledigung kommende Aftervermächtniß dem damit beschwert gewesenen Legatar zu gute kommen [1]).

§. 690.

Recht des Erben, wenn die Lasten die Masse erschöpfen;

Wenn die ganze Erbschaft durch Vermächtnisse erschöpft ist, so hat der Erbe nichts weiter, als die Vergütung seiner zum Besten der Masse gemachten Auslagen und eine seinen Bemühungen angemessene Belohnung zu fordern. Will er den Nachlaß nicht selbst verwalten, so muß er um die Aufstellung eines Curators anlangen.

1. Nach römischem Rechte ist der (testamentarische sowohl als Intestat-) Erbe befugt, zu verlangen, daß ihm der vierte Theil seiner Erbportion frei bleibe, und er kann daher, wenn der Nachlaß durch Vermächtnisse überschwert ist, die s. g. Quarta Falcidia abziehen [2]). Unser b. G. B. hat ihm dieses Recht nicht zugestanden, von dem Grundsatze ausgehend, daß ohne Noth keine Abweichung von dem bestimmt erklärten Willen des Erblassers vorgenommen werden solle. Da aber der Erbe nicht verhalten werden kann, zu Gunsten der Erbmasse etwa gar noch aus dem seinigen etwas zu leisten, so gestattet ihm das Gesetz — abgesehen von dem Rechte der Ausschlagung der Erbschaft (§. 805) — wenn er die Erbschaft bedingt angetreten hat (§. 802), die Vergütung seiner zum Besten der Masse gemachten Auslagen und eine angemessene Belohnung für seine Bemühungen zu fordern, welche im Streitfalle der Richter zu bestimmen hätte.

2. Will der Erbe auch dieser Weitläufigkeit überhoben sein, so kann er um die Aufstellung eines Verlassenschafts-Curators ansuchen [3]), welcher den Nachlaß zu verwalten hat, und dem natürlicher Weise ebenfalls die Vergütung der von ihm gemachten Auslagen (§. 1014) geleistet, und eine entsprechende Belohnung (§. 1004) verabreicht werden muß.

3. Eben weil der Erbe hier nur als Verwalter des Nachlasses erscheint, und

---

solchen nirgends erwähnt. Wenn also kein fideicommissarisch Substituirter vorhanden ist — die gemeine Substitution erlischt ja durch die Annahme des Vermächtnisses von Seite des unmittelbar dazu Berufenen (§. 615) — so muß der erledigte Antheil dem Erben (Onerirten) zufallen. Eine scheinbare Ausnahme tritt dann ein, wenn mehreren Personen ungetheilt oder ausdrücklich zu gleichen Theilen der Fruchtgenuß einer Sache vermacht wurde; denn derselbe ist nicht ein zur Zeit des Erbanfalles schon vorhandener Gegenstand, den man nur einmal und mit einem Male erwirbt, und so lange behält, bis die Zeit, worauf er beschränkt war, abgelaufen ist; er entsteht vielmehr von Tag zu Tag; muß von Tag zu Tag erworben werden, und es wächst daher der erledigte Antheil den übrigen Mitvermächtnißnehmern zu. In diesem Sinne erfolgte die Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 17. October 1851, Z. 8468, in einem Falle, in welchem der Erblasser die Kinder seiner vier Neffen zu Erben eingesetzt, dabei aber den Neffen selbst den lebenslänglichen Fruchtgenuß mit den Worten: „salvo e riservato a favore dei detti miei nivoti l' usufrutto dell' eredità vita loro naturale durante“ vermacht hatte. Als nach einiger Zeit einer der Fruchtnießer starb, entschied das Gericht, daß sein Antheil den übrigen zuwachse (allg. österr. Ger. Ztg. J. 1852, Nr. 134 und J. 1855, Nr. 121).

[1]) Daß auf den vorliegenden Fall der §. 689 unmittelbar nicht anwendbar sei, erhellt daraus, weil er bestimmt, „das erledigte Vermächtniß solle in der Erbschaftsmasse bleiben;“ dieß ist bei dem Sublegate nicht möglich, denn es hat aufgehört, einen Bestandtheil der Erbschaftsmasse auszumachen, sobald die Erwerbung des Haupt-Vermächtnisses von Seite des ersten Vermächtnißnehmers vor sich gegangen ist. — Vgl. den von mir in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1840, II., S. 325, mitgetheilten Civilrechtsfall als Beitrag zur Erläuterung des §. 689 des b. G. B., welcher auch von dem obersten Gerichtshofe in der eben angedeuteten Weise entschieden wurde. — S. auch Unger, Erbr. S. 275, Anmerkg. 3.

[2]) Da der Zweifel entstanden ist, ob ein mit Vermächtnissen beschwerter Erbe, welcher in einem vor der Wirksamkeit des a. b. G. B. errichteten Testamente eingesetzt worden ist, auch in dem Falle, als der Erblasser erst nach eingetretener Wirksamkeit der G. B. gestorben ist, nach dem älteren Gesetze den s. g. falcidischen Viertheil abzuziehen befugt sei, wurde mit Hfd. v. 16. November 1814, Nr. 1111 der J. G. S., erklärt, daß ein solcher beschwerter Erbe allerdings berechtiget sei, nach dem älteren Gesetze den falcidischen Viertheil abzuziehen, und daß überhaupt zufolge des IV. Absatzes des Kundmachungspatentes und §. 5 des b. G. B. die vor der Wirksamkeit desselben errichteten letzten Willenserklärungen, obschon der Tod des Erblassers später erfolgte, nicht nur in Hinsicht auf die Giltigkeit der äußeren Form, sondern auch auf ihren Inhalt, nach den früheren, zur Zeit der Errichtung bestandenen Gesetzen zu beurtheilen seien.

[3]) Auch der §. 79 des Pat. v. 9. August 1854, Nr. 208 des R. G. Bl., erwähnt der im §. 690 des b. G. B. angeordneten Aufstellung eines Curators.

gewissermaßen die Stelle des sonst zu benennenden Curators vertritt, muß ihm die unter Z. 1 aufgeführte Befugniß nicht nur den Vermächtnißnehmern, sondern auch den Gläubigern des Nachlasses gegenüber zustehen [1]).

4. Hat der Erbe den Nachlaß unbedingt (ohne die Rechtswohlthat des Inventars) angetreten, so haftet er nach §. 801 allen Gläubigern des Erblassers für ihre Forderungen, und allen Legataren für ihre Vermächtnisse, wenngleich die Verlassenschaft nicht hinreicht; er kann daher in diesem Falle auf das ihm nach §. 690 zustehende Recht keinen Anspruch mehr machen.

5. Von der Einantwortung des Nachlasses an den Erben kann in einem solchen Falle wohl keine Rede sein, da es, nachdem die Verlassenschaft durch die Forderungen der Gläubiger und Legatare erschöpft ist, an einem Objecte derselben (einem Erbschaftsvermögen) mangelt, wofern aber künftig etwa ein neues Vermögen hervorkommen sollte, durch §. 179 des Pat. v. 9. August 1854 ohnehin Fürsorge getroffen ist [2]).

§. 691.

Können nicht alle Legatare aus der Verlassenschafts-Masse befriediget werden, so wird das Legat des Unterhaltes vor allen anderen entrichtet, und dem Legatar gebührt der Unterhalt von dem Tage des Erbanfalles.

§. 692.

[Recht des Erben, wenn die Lasten die Masse] übersteigen.

Reicht die Verlassenschaft zur Bezahlung der Schulden, anderer pflichtmäßigen Auslagen und zur Berichtigung aller Vermächtnisse nicht zu, so leiden die Legatare einen verhältnißmäßigen Abzug. Daher ist der Erbe, so lange eine solche Gefahr obwaltet, die Vermächtnisse ohne Sicherstellung zu berichtigen nicht schuldig.

§. 693.

Im Falle aber, daß die Legatare die Vermächtnisse bereits empfangen haben, wird der Abzug nach dem Werthe, den das Vermächtniß zur Zeit des Empfanges hatte, und den daraus gezogenen Nutzungen bestimmt. Doch steht dem Legatar auch nach empfangenem Vermächtnisse noch immer frei, zur Vermeidung des Beitrages, das Vermächtniß, oder den oben erwähnten Werth und die bezogenen Nutzungen in die Masse zurück zu stellen; in Rücksicht der Verbesserungen und Verschlimmerungen wird er als ein redlicher Besitzer behandelt.

1. Der Nachlaß eines Verstorbenen muß vor allem dazu verwendet werden, die Schulden des Erblassers zu bezahlen, die schon bei Lebzeiten desselben auf seinem Vermögen hafteten (vgl. §. 785 dann §§. 811 bis 815); an diese reihen sich noch andere „pflichtmäßige Auslagen" (§. 692), als: die Begräbnißkosten (§. 549), die Inventurskosten (§. 802), die Kosten der Verwaltung der Nachlasses (s. oben S. 295 d. W.), die Staatsabgaben (§§. 694 u. 818). Nächstdem kömmt, wenn Notherben vorhanden sind, der ihnen gebührende Pflichttheil auszumessen, welcher nach §. 786 ohne Rücksicht auf Vermächtnisse und andere aus dem letzten Willen entspringende Lasten berechnet werden muß. Erst was hiernach noch erübrigt, bildet einen Gegenstand der freien Verfügung des Erblassers, und muß nach den von ihm getroffenen Anordnungen zur Vertheilung gebracht werden. In dieser Beziehung gehen nun die Legatare den eingesetzten oder Intestaterben (insofern sie nicht als Notherben erscheinen) vor, so daß, wenn die ganze Erbschaft durch Vermächtnisse erschöpft würde, dem Erben nur die oben (S. 295 d. W.) angeführten Berechtigungen zustehen. Wäre aber die Verlassenschaftsmasse nicht einmal hinreichend, alle Legatare zu befriedigen, weil sich entweder der Erblasser verrechnet oder weil sein Vermögen

---

[1]) S. Winiwarter, bürgl. Recht, Bd. 3, S. 223, gegen Nippel (Erläut. Bd. 4, S. 366), welcher das Gegentheil behauptet, weil die Berechtigung des §. 690 an die Stelle der falcidischen Quart getreten sei, deren Abzug den Gläubigern gegenüber nicht stattfand. Allein das Recht des Erben fließt vielmehr aus dem Principe des §. 1042, als aus der, dem falcidischen Gesetze zum Grunde liegenden Rechts-Anschauung.

[2]) S. den in Nr. 126 der allgem. österr. Ger. Ztg. vom J. 1859 dargestellten Rechtsfall.

nach Errichtung des letzten Willens eine unvorgesehene Verminderung erlitten hat, so bleibt nichts anderes übrig, als den Willen des Erblassers nach den über die Vertheilung seines Vermögens von ihm erklärten Verhältnissen auf das möglichste zu erfüllen (vgl. §. 558). Hieraus ergeben sich denn die Bestimmungen der vorstehenden §§.

2. Erscheint unter den angeordneten Vermächtnissen das des **Unterhaltes** (wohl auch der **Erziehung** und der **Kost**, die sich nach §. 672 nur als Unterarten des gedachten Legates darstellen), so muß es nach §. 671 **vor** allen andern Legaten entrichtet werden, weil es, wie **Zeiller** (Comment. B. 2, S. 648) bemerkt, als das dringendste anzusehen kömmt, das meistens dazu bestimmt ist, den damit Bedachten vor Noth zu schützen. Reicht nun der Nachlaß hin, um, wenn derselbe fruchtbringend gemacht wird, aus den Einkünften die Unterhaltskosten zu bestreiten, so entsteht keine Schwierigkeit. Allerdings ist aber eine solche vorhanden, wenn die Verlassenschaftsmasse nicht ausreicht; wie wenn z. B. der Unterhalt jährlich 200 fl. betrüge, der **reine** Nachlaß aber nur 2000 fl. ausmachte, welche jährlich nicht mehr als 100 fl. abwerfen. Hier meint **Nippel** (Erläut. Bd. 4, S. 369), daß dem Legatare das ganze erübrigte Capital pr. 2000 fl. **in sein Eigenthum** zu überlassen sei, weil aus den §§. 690 bis 692 die klare Absicht des Gesetzgebers hervorleuchtet, daß der Erbe so lange auf einen Erbtheil keinen Anspruch habe, insolange noch etwas zur vollständigen Befriedigung der Legatare mangelt; weil er nach §§. 709 und 710 die ihm vom Erblasser auferlegten Verpflichtungen wenigstens nach Möglichkeit zu erfüllen trachten muß, was in dem fraglichen Falle nur dadurch geschehen kann, daß der Erbe das ganze erübrigte Erbschaftscapital dem Legatare überläßt, damit er sich durch eine zweckmäßige Benützung desselben (Ankauf eines Gewerbes, einer Realität, Anlegung auf Leibrenten u. dgl.) für seine Lebenszeit den nöthigen Unterhalt sichere, und weil in dem ganz analogen Falle des §. 650 der mit einem **weiteren** Vermächtnisse Beschwerte sich unter dem Vorwande, daß das ihm aufgetragene Vermächtniß den Werth des ihm zugedachten Legates übersteige, von der vollständigen Erfüllung des ersteren nicht befreien kann, sondern nur die Wahl hat, dieses dem weiteren Legatare **ganz** zu verabreichen, oder demselben das ihm (dem Onerirten) zugedachte Legat zu überlassen. — Allein mit Recht wendet hiergegen **Winiwarter** (bürgerl. Recht, Bd. 3, S. 224) ein, daß nach der eben entwickelten Ansicht der Unterhaltsberechtigte leicht (wenn er z. B. nach wenigen Jahre stürbe) **mehr** erlangen könnte, als ihm selbst bei vollkommen ausreichendem Nachlasse zu Theil würde, was offenbar dem Willen des Erblassers entgegen wäre. Es scheint also nichts zu erübrigen, als dem Legatar jährlich einen verhältnißmäßigen Zuschuß (von 100 fl. in obigem Beispiele) aus dem vorhandenen Capitale zu den abfallenden Interessen, und zwar **so lange** zu leisten, als eben die nöthigen Fonds dazu vorhanden sind; so daß, wenn er früher mit Tode abgeht, als der Stammfond erschöpft ist, der Rest desselben dem Erben (oder den übrigen Legataren) zu gute kommt.

3. Der Unterhalt gebührt dem Legatare von dem Tage des Erbanfalles, d. i. in der Regel von dem Todestage des Erblassers (vgl. §. 684), und die **Auszahlung** kann ohne Rücksicht auf die im §. 685 für die Entrichtung der Vermächtnisse überhaupt bestimmte Zeit immer wenigstens auf einen Monat voraus begehrt werden.

4. Im Collisionsfalle mit den Ansprüchen der Gläubiger des Erblassers muß natürlich, wie schon oben angedeutet wurde, auch das Legat des Unterhaltes nachstehen, und es kömmt demselben nur vor den **übrigen Vermächtnissen** ein Vorzug zu Statten. Diese müssen aber dann **alle**, da weiters keines vor den andern als begünstigt erscheint, insoweit es erforderlich ist, einem **verhältnißmäßigen Abzuge** unterworfen werden. Hierbei entsteht die vielbestrittene Frage, ob den Legataren das Recht zustehe, im Nichtzureichungsfalle des **Schätzungswerthes** der Verlassenschaft, die **Veräußerung** derselben zu verlangen und den durch die öffentliche Feilbietung erhobenen Werth des Nachlasses zur Grundlage zu nehmen, oder

ob ihnen diese Befugniß nicht zukomme, sondern die Berechnung lediglich nach dem Inventarswerthe zu geschehen habe? Zur Begründung der ersteren Ansicht wird hauptsächlich folgendes hervorgehoben[1]): a) Aus den §§. 688, 801, 802, 812, 820 und 821 erhellet, daß die Legatare den Verlassenschaftsgläubigern wenigstens in Ansehung des, nach Abzug aller Schulden des Erblassers, des von der Verlassenschaft etwa auf einen Notherben entfallenden Pflichttheiles und anderer pflichtmäßigen Ausgaben erübrigenden Verlassenschaftsrestes gleichgestellt erscheinen, und daß ihnen der bedingt erklärte Erbe mit diesem Reste des Nachlasses zu haften habe. Da nun die Verlassenschaftsgläubiger ohne Beschränkung auf den durch die gerichtliche Schätzung erhobenen Werth der Verlassenschaftsgegenstände berechtiget sind, nach den Vorschriften der Gerichtsordnung rücksichtlich ihrer Forderungen die Execution auf die Verlassenschaftsgegenstände selbst zu führen, so müsse das gleiche Recht auch den Legataren zustehen. — b) Der §. 690 handelt von dem Falle, wenn die ganze Erbschaft durch Vermächtnisse „erschöpft" ist, und der §. 692 setzt voraus, daß der Nachlaß „nicht zureicht", alle Vermächtnisse zu berichtigen, und es frägt sich hierbei nur, wann man sagen kann, die Verlassenschaft sei durch Vermächtnisse „erschöpft" oder „überstiegen"? Die Bedeutung dieser Ausdrücke müsse nun aus dem §. 814, wo von der Wirkung der Einberufung der Gläubiger die Rede ist, und aus den §§. 692, 801 und 802 entnommen werden, in denen das Wort „zureichen" (hinreichen) auch den Gläubigern gegenüber gebraucht wird. — Im Verhältnisse zu diesen ist aber die Verlassenschaft erst dann als erschöpft oder als unzureichend anzusehen, wenn der durch die öffentliche Feilbietung der Verlassenschaftsgegenstände erzielte Erlös zur Bestreitung ihrer Forderungen nicht hinreicht; es muß also dasselbe auch von den Legataren gelten, da nicht anzunehmen ist, daß der Gesetzgeber die nämlichen Ausdrücke, zum Theile sogar in einem und demselben §., in verschiedenem Sinne aufgefaßt habe. — c) In den österreichischen Gesetzen wird überall zwischen der Sache selbst und ihrem Werthe ein bedeutender Unterschied gemacht, und im §. 784 selbst darauf hingedeutet, daß der wahre Werth der Sachen erst durch ihre Feilbietung erhoben werden könne, weßhalb das Gesetz auch in den §§. 231, 232, 637, 840 und 843 die Vornahme derselben insbesondere anordnet, wenn es sich darum handelt, den wahren Werth von Gegenständen unter Hintanhaltung jeder Beeinträchtigung zu bestimmen. — d) Aus dem ganzen Sisteme des österreichischen Erbrechtes geht die Richtigkeit der in Frage stehenden Ansicht hervor, da sie die vollständigste Ausführung der aus der Anordnung des Erblassers zu erschließenden Absicht desselben, die Vermächtnißnehmer vorzüglich zu begünstigen, in sich schließt. — e) Der Erbe hat in den Fällen der §§. 690 und 692 nur den Anspruch auf die Vergütung seiner Auslagen und auf eine, seiner Mühewaltung angemessene Belohnung; ein anderes Recht geht auf ihn nicht über, folglich auch nicht das Recht des Verkaufes der Verlassenschaftsstücke, sondern dieses muß, wie andere in dem Nachlasse enthaltene Berechtigungen des Erblassers den Legataren zu gute kommen. — f) Endlich ist die Entrichtung des Vermächtnisses als ein dem Erben ertheilter Auftrag anzusehen, der nach §. 710 in allen Fällen wenigstens nach Möglichkeit erfüllt werden muß; wie weit aber diese Möglichkeit reiche, ist nicht bloß aus dem Schätzungswerthe, sobald dieser nicht zureicht, sondern erst aus dem Verkaufspreise zu entnehmen; der Legatar muß daher das Recht haben, auf die Erlangung des Verkaufspreises zu dringen. Ungeachtet sich das Scharfsinnige dieser Argumentation nicht verkennen läßt, so scheinen uns doch die für die gegentheilige Meinung vorgebrachten Gründe[2]) das Ueber-

---

[1]) S. Würth (Dr. Joh. v.): Rechtsfälle und Abhandlung über die Frage: ob bei einer von Vermächtnissen überstiegenen Verlassenschaft die Legatare auf den Schätzungswerth derselben beschränkt sind? (Jurist, Bd. 3. S. 453.) — Wildner: Auch einige Gründe für die Ansicht, daß der Legatar im Falle der Unzulänglichkeit des Schätzungswerthes der Verlassenschaftsobjecte zu seiner Befriedigung auf den Verkauf derselben dringen dürfte (Jurist, Bd. 4, S. 182).

[2]) S. Menzel (Dr. J. A.): Auch eine Ansicht über die Frage, ob dem Legatar das Recht zustehe,

gewicht zu verdienen. Sie lassen sich in nachstehendem zusammenfassen: a) Bei der bedingten Erbserklärung wird nach §. 92 des Pat. v. 9. August 1854, Nr. 208 des R. G. Bl., ein Inventar des Nachlasses errichtet, welches ein genaues und vollständiges Verzeichniß alles beweglichen und unbeweglichen Vermögens, in dessen Besitze sich der Erblasser zur Zeit seines Todes befunden hat, zu enthalten und den damaligen Werth und Betrag desselben klar anzuzeigen hat (§. 97 ebd.). Dieser Werth muß dann auch als Grundlage für alle künftigen, gegen die Verlassenschaft gestellten Ansprüche angenommen werden, zumal nicht abzusehen wäre, welchen Zweck die Inventur sonst haben sollte, wenn sie nicht dazu diente, über den Zustand der Verlassenschaft zur Zeit des Todes des Erblassers vollen Beweis zu machen, so daß der Erbe nur für diesen Zustand derselben zu haften hat, und jede Verbesserung der Verlassenschaft weder den Gläubigern noch den Legataren, sondern nur dem Erben zu gute kommt. — b) Der §. 812 gestattet dem Legatar ausdrücklich, zu verlangen, daß die Erbschaft von dem Vermögen des Erben abgesondert, vom Gerichte verwahrt, oder von einem Curator verwaltet und sein Anspruch darauf vorgemerkt und berichtiget werde; diese Anordnung wäre ganz überflüssig, wenn dem Legatare in jedem Falle das Recht zustände, seine Befriedigung aus den Verlassenschaftsgegenständen selbst zu suchen; vielmehr ist der Nichtgebrauch des eben erwähnten Rechtsmittels als eine stillschweigende Verzichtleistung auf das fragliche Recht anzusehen. — c) Der Legatar ist nach §. 693, wenn erst, nachdem er das Vermächtniß bereits empfangen hat, die Unzulänglichkeit der Erbschaftsmasse erhellet, nicht verpflichtet, die vermachte Sache veräußern zu lassen, sondern der Abzug, den er zu leiden hat, wird nur nach dem Werthe bestimmt, den das Vermächtniß zur Zeit des Empfanges hatte; dieß muß daher auch in Ansehung des Erben gelten, da kein Grund vorhanden ist, warum dieser schlechter gehalten werden sollte, als der Legatar. — d) Der Legatar kann nicht mehr Rechte haben, als der Notherbe; dieser aber ist nach der ausdrücklichen Anordnung des §. 784 nicht berechtigt, auf eine Feilbietung der Verlassenschaftsstücke zur Erhebung ihres wahren Werthes zu bringen. — e) Gläubiger und Legatare sind in ihren Rechten gegen die Verlassenschaft durchaus nicht gleichzustellen; denn Verlassenschaftsschulden sind Verbindlichkeiten, für welche der Erblasser selbst haften mußte, während er für die Vermächtnisse niemals persönlich verpflichtet war; die Gläubiger behaupten in ihrer Befriedigung vor den Vermächtnißnehmern immer den Vorzug; sie haben zur Ergänzung des Pflichttheiles oder des nothwendigen Unterhaltes des Notherben keinen Beitrag zu leisten, wogegen die Vermächtnißnehmer nach §. 783 allerdings dazu verpflichtet sind. — f) Bei der Feilbietung der Verlassenschaftsgegenstände kann es auch geschehen, daß ein geringerer Erlös, als der Schätzungswerth derselben erzielt wird, wodurch der Erbe beeinträchtiget würde. — g) Aus der aufmerksamen Betrachtung der §§. 801 und 802 scheint hervorzugehen, daß der Zweck der Inventurserrichtung bei der bedingten Erbeserklärung kein anderer sei, als zu ermitteln, wie weit der Erbe zu haften habe, zu welchem Ende der Nachlaß aufgenommen, und zwar nicht bloß beschrieben, sondern auch geschätzt wird, woraus sich eben entnehmen läßt, daß der auf diese Weise erhobene Schätzungswerth auch als alleiniger Maßstab dieser Haftung zu dienen bestimmt sei. — h) Wenn der §. 690 anordnet, daß der Erbe in dem Falle, als die Verlassenschaft durch Vermächtnisse erschöpft ist, und er den Nachlaß nicht selbst verwalten will, um die Aufstellung eines Curators anlangen könne, so geschieht dieß ohne Zweifel unter der Voraussetzung, daß man den Stand der Verlassenschaft bereits genau kenne, daß er sohin auf eine vollen Glauben verdienende Weise erhoben sei, weil man ihn sonst nicht mit der Summe der Vermächtnisse vergleichen, und als durch diese erschöpft bezeichnen könnte. Diese Kenntniß

---

im Nichtzureichungsfalle des Schätzungswerthes des mit der Rechtswohlthat des Inventars angetretenen Nachlasses die Veräußerung desselben zur Erhebung des (sogenannten) wahren Werthes zu verlangen? (Jurist, Bd. 8, S. 143.) — Dieser Ansicht pflichtet auch Unger (Erbr. S. 286, Anmerkg. 3) bei.

über den Stand des Nachlasses kann nun aber das Gesetz offenbar nicht als aus der Veräußerung desselben erlangt ansehen, da es sonst unmöglich wäre, noch von einer „Verwaltung" zu reden; es kann also keine andere Quelle dieser Kenntniß gemeint sein, als die bei der Inventursaufnahme vorgenommene Schätzung. — i) Ebenso geht der §. 692 von der Voraussetzung aus, daß der Erbe selbst in dem Falle, als der Nachlaß von den Legaten sogar überstiegen wird, sich noch im Besitze der Verlassenschaft als solcher befinden könne, was aber bei einem vorhergegangenen Verkaufe nicht möglich wäre; es scheint also auch in diesem §. nur eine Uebersteigung des Inventarialwerthes gemeint zu sein. — k) Aus den §§. 801, 802, 812 und 821 erhellet, daß der Gesetzgeber nur eine persönliche Verbindlichkeit des Erben den Gläubigern und Legataren gegenüber anerkennt, ohne diese an einen bestimmten Gegenstand des Nachlasses anzuweisen, daß dem Erben daher in jedem Falle ein Recht auf die Substanz der Verlassenschaft gebührt, daß ihm somit auch diejenigen Vortheile ausschließend zukommen, die sich als Accessorien derselben darstellen, und daß als eigentlicher Nachlaß, inwiefern auch die Legatare darauf Anspruch machen wollen, nur dasjenige erscheine, was im Momente des Ueberganges der Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers von diesem auf den Erben vorhanden war. — l) Endlich verfügt auch der §. 163 des Pat. v. 9. Aug. 1854, Nr. 208 des R. G. Bl., daß der Erbe, welchem die Rechtswohlthat des Inventars zu Statten kommt, wenn die Vermächtnisse wegen Unzulänglichkeit der Masse nur zum Theile berichtiget werden können, eine Berechnung des reinen Verlassenschaftsvermögens und des verhältnißmäßigen Abzuges an jedem Legate vorzulegen habe — ohne auch nur im mindesten einer dießfalls etwa nöthigen Feilbietung des Nachlasses zu erwähnen.

5. Um zu ermitteln, welchen Abzug jeder einzelne Vermächtnißnehmer zu erleiden habe, wenn die Verlassenschaft zur Bezahlung der Schulden, anderer pflichtmäßigen Auslagen und zur Berichtigung aller Vermächtnisse nicht zureicht, muß der Werth eines jeden einzelnen Vermächtnisses, insofern dieses nicht ohnehin schon in einer bestimmten Summe angegeben erscheint, durch Schätzung erhoben, und dabei (nach Analogie des §. 693) auf den Zeitpunkt des Empfanges gesehen werden[1]. Hierbei ergibt sich eine besondere Schwierigkeit, wenn jemandem die Fruchtnießung einer bestimmten Sache, oder ein Vermächtniß in wiederkehrenden Fristen (§. 687) zugedacht erscheint, weil der Werth eines solchen Vermächtnisses eigentlich von der Dauer des Genusses abhängig ist, die sich eben im vorhinein nicht ermitteln läßt. Nippel (Erläut. Bd. 4, S. 374) meint, daß zu diesem Behufe das nach Berichtigung aller andern Vermächtnisse noch übrigbleibende Capital, wenn es zur Leistung des angeordneten Fristenvermächtnisses nicht hinreicht, auf Leibrenten angelegt werden müsse. Allein mit Recht bemerkt Winiwarter (bürgl. Recht, Bd. 3, S. 227) hiergegen, daß auf diese Weise das Capital für die Erbschaftsmasse verloren ginge, der Erbe aber nicht schuldig sei, dem Legatare ein Capital, sondern nur die in gewissen Fristen fälligen Leistungen zu entrichten, der hierzu nöthige Fond also ein Bestandtheil der Erbmasse zu bleiben habe und für die noch nicht ganz befriedigten Vermächtnißnehmer und den Erben vorzubehalten sei. Der gedachte Schriftsteller schlägt deßhalb vor, den Werth des Fruchtgenusses oder den zu leistenden Betrag nach den landesüblichen Zinsen zu Capital anzuschlagen, und in dieser Art dem Abzuge zu unterwerfen, so daß durch die Verminderung des Capitales dann auch die davon zu entrichtenden jährlichen Leistungen vermindert werden. Kämen also z. B. einem Legatare jährlich 200 fl. zu verabreichen, so repräsentiren diese ein Capital von 4000 fl. Gesetzt nun, es betrügen die übrigen Legate auch 4000 fl., im Nachlasse seien aber nur 6000 fl. vorhanden, so müßte sich jeder Legatar einen Abzug von $1/4$ gefallen lassen. Das für das Fristenvermächtniß auszuscheidende

---

[1]) Ueber das unzweckmäßige dieser Anordnung vgl. Unger, Erbr. S. 287, Anmerkung 6.

Capital würde sich demnach von 4000 fl. auf 3000 fl. vermindern, und der Legatar mithin nur 150 fl. jährlich anzusprechen berechtiget sein. Der erforderliche Abzug hat übrigens bei den meisten Legaten nicht unmittelbar, sondern in der Art zu geschehen, daß der Legatar die auf ihn entfallende Abzugssumme bar an die Erbschaftsmasse vergütet; nur wenn er dieses nicht wollte, steht ihm frei, zur Vermeidung des Beitrages das Vermächtniß in der Masse zurückzulassen und nur die Auszahlung des entsprechenden Restbetrages zu verlangen.

6. Besorgt der Erbe, daß die Verlassenschaft nicht hinreichen werde, alle Vermächtnißnehmer zu befriedigen, so kann er nicht gezwungen werden, die Legate, selbst wenn der Zahlungstag derselben bereits eingetreten wäre (§. 685), früher zu berichtigen, als bis der Stand des Nachlasses genau ermittelt und der auf jedes einzelne Vermächtniß entfallende Abzug festgestellt ist. Jedenfalls kann er von dem Legatare bei einer vorläufigen Auszahlung eine entsprechende Sicherstellung verlangen. Hätte er aber die Berichtigung vorgenommen, ohne diese Vorsicht zu beobachten, und zeigte sich erst später die Unzulänglichkeit der Erbmasse, so kann er auch noch nachträglich von den Legataren die erforderlichen Beiträge (s. S. 296 d. W.) in Anspruch nehmen. Als Grundlage des zu berechnenden Abzuges hat der Werth der Vermächtnisse zur Zeit ihres Empfanges zu dienen; doch ist dabei auch auf die daraus gezogenen Nutzungen Rücksicht zu nehmen, weil sie, wenn die vermachte Sache nicht herausgegeben worden wäre, einen Zuwachs der Erbschaftsmasse gebildet hätten. Der Vermächtnißnehmer erwirbt also dieselben nicht schon durch die Absonderung, wie der redliche Besitzer nach §. 330. Im übrigen ist er, rücksichtlich der Verbesserungen (§§. 331 und 332) und der Verschlimmerungen (§. 329) diesem gleichgehalten. Er ist somit nicht dafür verantwortlich, wenn er die vermachte Sache, die ihm von dem Erben ohne Vorbehalt herausgegeben wurde, und die er demnach als sein Eigenthum anzusehen berechtiget war, in der Zwischenzeit verbraucht oder vertilgt hat.

7. Will sich der Legatar zu dem auf ihn entfallenden Beitrage nicht herbeilassen, so kann er sich dadurch davon befreien, daß er die vermachte Sache, oder den Werth, den sie zur Zeit des Empfanges hatte, sammt den davon bezogenen Nutzungen in die Erbmasse zurückstellt.

8. Die Gleichstellung des Vermächtnißnehmers mit dem redlichen Besitzer findet übrigens der Natur der Sache nach nur dann statt, wenn er wirklich in redlichem Glauben ist; wäre ihm daher die vermachte Sache nur unter Vorbehalt oder gegen Sicherstellung hinausgegeben worden, so muß er sie als ein ihm bloß anvertrautes Gut betrachten, und haftet demnach auch für die Substanz der Sache (vgl. §§. 1068 und 1069).

§. 694.

Von den gesetzlichen Beiträgen zu öffentlichen Anstalten.

Die Beiträge, welche ein Erblasser nach den politischen Vorschriften zur Unterstützung der Armen-, Invaliden- und Krankenhäuser und des öffentlichen Unterrichtes in dem Testamente ausgesetzt hat, sind nicht als Vermächtnisse anzusehen; sie sind eine Staatsauflage; müssen selbst von den gesetzlichen Erben entrichtet, und können nicht nach den Grundsätzen des Privatrechtes, sondern nur nach den politischen Verordnungen beurtheilet werden.

1. Die im gemeinen Leben häufig sogenannten „gesetzlichen Legate" (z. B. der Schulbeitrag u. dgl.) sind eigentlich keine Vermächtnisse, sondern wahre Staatsauflagen, und können daher nicht nach den Grundsätzen des Privatrechtes, sondern nur nach denen des öffentlichen Rechtes (den politischen Verordnungen) beurtheilt werden. Sie kommen also hier nicht weiter in Betrachtung.

Die bezüglichen Vorschriften sind im 1. Hefte des 3. Bandes der im Verlage dieses Werkes erscheinenden Taschenausgabe der österreichischen Gesetze zusammengestellt.

2. Hat übrigens der Erblasser einem Fonde oder einer Anstalt, welchen derlei

Beiträge entrichtet werden müssen, eine größere Summe zugedacht, als ihnen nach den gesetzlichen Vorschriften gebührt, so ist das Uebermaß allerdings als ein wahres Vermächtniß anzusehen, und nach den hierfür bestehenden Grundsätzen zu behandeln.

Zwölftes Hauptstück.

Von Einschränkung und Aufhebung des letzten Willens.

§. 695.

Recht des Erblassers zur Einschränkung oder Aenderung seines letzten Willens.

Der Erblasser kann seine Anordnung auf eine Bedingung, auf einen Zeitpunkt, durch einen Auftrag oder eine erklärte Absicht einschränken. Er kann auch sein Testament oder Codicill abändern oder es ganz aufheben.

1. Da es in der Regel von dem freien Willen des Erblassers abhängt, ob und unter welchen Bestimmungen er jemandem seinen Nachlaß zuwenden will, so ist es in der Natur der Sache gelegen, daß er seiner Verfügung, sie mag in einer Erbseinsetzung oder in der Anordnung eines Legates bestehen, auch beliebige Einschränkungen beifügen kann. Dieß geschieht durch Festsetzung einer Bedingung (§§. 696—703), einer Zeitbestimmung (§§. 704—709), eines Auftrages (§§. 710 und 712) oder einer erklärten Absicht (§. 711).

2. Das in Frage stehende Befugniß des Erblassers fällt weg: a) wenn ein Theil seines Vermögens nicht in Folge seiner eigenen Bestimmung, sondern kraft der von seinem Willen unabhängigen Anordnung einer dritten Person auf jemanden übergehen muß, wie dieß bei einer fideicommissarischen Substitution, bei Fideicommissen, Lehen, Stiftungen u. dgl. der Fall ist; — b) in Ansehung jenes Erbtheiles, mit welchem der Erblasser gewisse Personen bedenken muß (§. 762), d. i. des Pflichttheiles, der nach §. 774 ganz frei zu bleiben hat, so daß keine denselben einschränkende Bedingung oder Belastung als giltig erscheint.

3. Die Widerruflichkeit ist schon nach §. 552 ein wesentliches Merkmal einer Erklärung des letzten Willens; es ist also das Recht des Erblassers, sein Testament oder Codicill abzuändern oder ganz aufzuheben, schon im Begriffe dieser Anordnungen gegründet. Die Bestimmungen hierüber folgen in den §§. 713—726.

§. 696.

Arten der Einschränkung des letzten Willens: 1) Bedingung.

Eine Bedingung heißt eine Ereignung, wovon ein Recht abhängig gemacht wird. Die Bedingung ist bejahend oder verneinend, je nachdem sie sich auf den Erfolg oder Nichterfolg der Ereignung bezieht. Sie ist aufschiebend, wenn das zugedachte Recht erst nach ihrer Erfüllung zu seiner Kraft gelangt; sie ist auflösend, wenn das zugedachte Recht bei ihrem Eintritte verloren geht.

1. Der Ausdruck „Bedingung" wird in unserem Gesetze in verschiedenen Bedeutungen gebraucht; bald versteht es darunter die Erfordernisse eines Rechtsgeschäftes (vgl. die §§. 18, 29, 432, 627, 797), bald eine Verabredung (§§. 103 und 105) oder einen Vertrag (§§. 894, 995, 1336), bald eine Beschränkung oder einen Vorbehalt überhaupt (§§. 800 und 815), bald den Grund der Existenz einer Sache oder eines Rechtes (§§. 931 und 1004) [1]). Im engeren Sinne gehört die Bedingung zu den Nebenbestimmungen einer Willenserklärung, und das Gesetz bezeichnet sie als „eine Ereignung, wovon ein Recht abhängig gemacht wird." Aus

---

[1]) Vgl. den trefflichen Aufsatz von Dr. Joh. Helm: Abhandlung über den Begriff und die Eintheilung der Bedingungen nach dem a. b. G. B. (Zeitschr. für österr. Rechtsgel. 1825, I., S. 204).

dieser und den folgenden Bestimmungen des Gesetzes lassen sich nachstehende wesentliche Momente des Begriffes einer Bedingung ableiten:

a) Der Umstand, von welchem ein Recht abhängig gemacht wird, muß ein künftiger sein, oder wenigstens von dem Erblasser als solcher gedacht werden, worauf der Ausdruck „Ereignung" hinzudeuten scheint. Es ist also keine wahre Bedingung, wenn das Recht schon nach dem gebrauchten Ausdrucke von einer gegenwärtigen oder vergangenen Thatsache abhängt. Die Erklärung ist vielmehr als eine unbedingte anzusehen, da nichts ungewiß, sondern alles bereits entschieden ist, und es sich vielleicht nur noch um den Beweis des Daseins oder Nicht-Daseins jener Thatsache handelt.

b) Das Recht muß durch den Willen des Erklärenden von der Ereignung abhängig gemacht werden, nicht schon zufolge einer Anordnung des Gesetzes davon abhängig sein. Die s. g. gesetzlichen Bedingungen (conditiones juris) oder diejenigen, bei denen das als Bedingung ausgedrückte ohnehin schon zur Wesenheit des obwaltenden Rechtsverhältnisses gehört, sind also ebenfalls nicht zu den wahren Bedingungen zu zählen; wie wenn der Testator z. B. verfügte, A soll mein Erbe sein, wenn er mich überlebt, oder B soll ein Vermächtniß von 1000 fl. erhalten, wenn er zur Zeit des Anfalles erbfähig ist. Ein solcher Beisatz ist nur eine unnütze Wiederholung dessen, was ohnehin schon gilt; er ist demnach wohl wirkungslos, schadet aber der Giltigkeit der Anordnung nicht.

c) Streng genommen dürfte es zur Wesenheit der Bedingung auch noch gehören, daß der Eintritt des Ereignisses, um das es sich handelt, ungewiß sei. Wenn dasselbe eintreffen muß (nothwendige Bedingung, conditio necessaria), oder wenn es durchaus nicht eintreffen kann (unmögliche Bedingung), so ist eigentlich keine wahre Bedingung vorhanden. Doch kann die nothwendige Bedingung eine Zeitbestimmung in sich fassen, in welchem Falle dann die Vorschrift des §. 705 darauf Anwendung findet. Die s. g. unmöglichen Bedingungen werden aber in unserem Gesetzbuche ausdrücklich als Bedingungen anerkannt, und ihre Wirkungen im §. 698 erörtert.

2. Die Bedingungen können auf verschiedene Weise eingetheilt werden. Sieht man zuvörderst auf die Art und Weise, wie eine Ereignung als Bedingung gesetzt ist, so ergibt sich die Eintheilung in bejahende (positive, affirmative) und verneinende (negative) Bedingungen. Eine bejahende Bedingung ist dann vorhanden, wenn das Recht von den Erfolgen einer Ereignung abhängig gemacht ist, z. B. A soll 1000 fl. erhalten, wenn er Doctor der Rechte wird; ist es dagegen an den Nichterfolg eines Ereignisses geknüpft, z. B. B soll mein Erbe sein, wenn er die C nicht heirathet, so ist die Bedingung eine verneinende. Auf den Satz, in welchen die Bedingung eingekleidet ist, kommt es hierbei nicht an, sondern nur auf den Umstand, ob eine gewisse Veränderung, die zur Zeit der Erklärung des letzten Willens als noch nicht vorhanden angenommen wurde, in der Folge eintreten oder unterbleiben soll[1]).

3. Nach der Art der Einwirkung, welche die Bedingung auf das Rechtsverhältniß üben soll, ist sie eine aufschiebende (suspensive), oder eine auflösende (resolutive), je nachdem nämlich der Anfang oder das Ende eines Rechtes dadurch bestimmt wird. Die Folgen dieser Eintheilung werden bei den §§. 699, 703, 707 und 708 ersichtlich gemacht werden.

4. Einen weiteren Eintheilungsgrund der Bedingungen gibt die Ursache ab, von welcher der Eintritt derselben abhängt, da diese in dem freien Willen eines Menschen, oder in einem bloßen Zufalle, oder in einer Verbindung von bei-

---

[1]) S. Helm, a. a. O. S. 218. So ist z. B. die Erklärung: A soll ein Legat von 1000 fl. erhalten, wenn er ledig bleibt, ungeachtet der affirmativen Bezeichnung eine verneinende Bedingung; und die Erklärung: A soll ein Legat von 1000 fl. erhalten, wenn das erste Kind des B nicht ein Mädchen ist, ungeachtet der negativen Bezeichnung eine bejahende Bedingung.

den gelegen sein kann; die in dem freien Handeln oder Unterlassen eines Menschen liegenden Bedingungen zerfallen dann wieder in zwei Unterarten, je nachdem sie auf dem freien Willen des Berechtigten (des bedachten Erben oder Legatars) oder eines dritten beruhen (§. 699).

5. Man kann ferner die wiederholbaren und nicht wiederholbaren Bedingungen unterscheiden, je nachdem nämlich das Ereigniß, welches die Bedingung ausmacht, öfter eintreten kann (z. B. wenn A eine Reise in das Ausland unternimmt), oder nur einmal (z. B. wenn A die B heiratet)[1]). Die praktische Wichtigkeit dieses Unterschiedes zeigt sich bei §. 701.

6. Daß unser Gesetz auch die unmöglichen Bedingungen als wahre Bedingungen anerkennt und von den möglichen unterscheidet, ist bereits oben (S. 303 d. W.) erwähnt worden.

7. Endlich verdient noch die Eintheilung der Bedingungen in erlaubte und unerlaubte (conditio turpis) insbesondere hervorgehoben zu werden, da sie von praktisch wichtigem Einflusse ist (vgl. §§. 698 und 699; dann auch §§. 700 und 720).

§. 697.

Vorschriften: a) über unverständliche [Bedingungen];

Ganz unverständliche Bedingungen sind für nicht beigesetzt zu achten.

1. Eine Bedingung ist dann als unverständlich anzusehen, wenn sich nicht ermitteln läßt, was der Erblasser eigentlich damit gewollt habe. Zweifelhafte Ausdrücke berechtigen noch nicht zur Annahme einer gänzlichen Unverständlichkeit, weil sie oft aus der eigenthümlichen Redeweise des Testators, aus anderweitigen Aufschreibungen desselben, aus den der Errichtung des letzten Willens vorausgegangenen oder derselben nachgefolgten Handlungen u. dgl. erklärt werden können. Läßt sich aber ungeachtet aller angewandten Bemühung der Wille des Erblassers nicht mit Bestimmtheit erforschen, so ist eine solche Bedingung als nicht beigesetzt anzusehen, da eben nicht dargethan werden kann, unter welcher Beschränkung der Nachlaß eigentlich dem Bedachten zugewendet wurde.

2. Hierbei muß aber vorausgesetzt werden, daß die Berufung des Erben oder Legatars selbst keinem Zweifel unterliegt, denn ist diese unverständlich, so ist die Erklärung selbst ungiltig (§. 565).

§. 698.

unmögliche oder unerlaubte [Bedingungen];

Die Anordnung, wodurch Jemanden unter einer aufschiebenden unmöglichen Bedingung ein Recht ertheilt wird, ist ungiltig, obschon die Erfüllung der Bedingung erst in der Folge unmöglich, und die Unmöglichkeit dem Erblasser bekannt geworden wäre. Eine auflösende unmögliche Bedingung wird als nicht beigesetzt angesehen. Alles dieses gilt auch von den unerlaubten Bedingungen.

1. Es ist schon oben bemerkt worden, daß auch die s. g. unmöglichen Bedingungen eigentlich nur Scheinbedingungen sind, weil dabei nichts ungewiß ist, sondern die Ereignung, von welcher das Recht abhängig gemacht wurde, durchaus nicht eintreten kann. Da indessen unser Gesetzbuch die unmöglichen Bedingungen ausdrücklich als solche anerkennt, so muß etwas näher in das Wesen derselben eingegangen werden.

2. Eine Bedingung ist dann unmöglich, wenn die Erfüllung derselben nicht eintreten kann; der Grund hiervon mag in einem Naturgesetze, oder in Rechtsgesetzen liegen[2]). Es gibt daher physisch und juristisch unmögliche Bedingungen. Verschieden davon sind die unerlaubten, die allerdings erfüllt werden können,

[1]) S. Helm, a. a. O. S. 235.

[2]) S. Harum (Dr. Pet.): Ueber die Natur und Wirkung der unmöglichen und unerlaubten Bedingungen nach dem österr. bürgerl. Rechte (Haimerl's Mag. Bd. 6, S. 157).

deren Erfüllung sich aber als verboten darstellt[1]). Hinsichtlich der Unmöglichkeit einer Bedingung ist es gleichgiltig, ob die Erfüllung derselben überhaupt nicht Platz greifen kann (absolut unmögliche Bedingung), oder ob sie bloß unter gewissen Verhältnissen, mit Rücksicht auf die obwaltenden Orts- und Zeitumstände, oder auf die Eigenschaften gewisser Personen (relativ unmögliche Bedingungen) nicht als denkbar erscheint. Uebrigens kann eine Bedingung nur dann unmöglich genannt werden, wenn sie es in dem Augenblicke, da sie gesetzt wird, bereits ist; als Zeitpunkt der Setzung muß aber, nach dem, was bereits o. S. 161 d. W. bemerkt wurde, der Zeitpunkt der Errichtung des letzten Willens angesehen werden. Hierbei ist es allerdings nothwendig, daß die Unmöglichkeit eine bleibende Natur habe, und nicht von dem Wechsel der Zeit und der Umstände abhänge; denn die Beachtung veränderlicher Umstände ist ja der Natur der auf eine unbestimmte Zukunft gerichteten Bedingungen gerade im höchsten Grade angemessen. War daher das Ereigniß zur Zeit der Errichtung des letzten Willens möglich (z. B. daß A die B heirate) und ist es erst später unmöglich geworden (weil B vor dem Erblasser starb), so wird die Bedingung nicht in eine unmögliche verwandelt, sondern sie stellt sich vielmehr als vereitelt dar[2]), und die Folge davon ist, daß der unter einer solchen Bedingung jemandem zugedachte Nachlaß von diesem nicht erworben werden kann (§. 699). Ebenso muß im umgekehrten Falle die Anfangs unmögliche Bedingung, wenn sie in der Folge durch Veränderung der factischen Verhältnisse möglich geworden ist, als eine wahre Bedingung angesehen werden, bei deren Hinzufügung der Erblasser vielleicht gerade an die später eintretende Möglichkeit gedacht hat, wie z. B. bei der Bedingung der Verehelichung mit einer bestimmten Person, die zur Zeit der letzten Willenserklärung noch nicht 14 Jahre alt ist, mit der eine Verehelichung aber möglich wird, sobald sie das 14. Lebensjahr zurückgelegt hat[3]). — Würde dagegen die Möglichkeit der Erfüllung einer Bedingung bloß durch eine Aenderung in den gesetzlichen Vorschriften herbeigeführt worden sein, so kann darauf keine Rücksicht genommen werden, da eine solche Aenderung jedenfalls außer der Berechnung des Erklärenden liegt, und jedermann bei einer juristischen Handlung nur die zur Zeit ihrer Vornahme geltenden Gesetze vor Augen haben kann[4]).

3. Eine unmögliche Bedingung kann, wie die Bedingungen überhaupt, bejahend oder verneinend beigefügt sein; z. B. A soll mein Erbe sein, wenn er den Mond ersteigt (bejahend phisisch unmöglich), wenn er vor erreichter Mündigkeit ein giltiges Testament errichtet (bejahend juristisch unmöglich), wenn er die B, die er bereits geheiratet hat, nicht heiratet (verneinend phisisch unmöglich)[5]), wenn er zur Zeit des Todes des Erblassers kein Rechtssubject sein sollte (verneinend juristisch unmöglich).

4. Frägt es sich nun um die Wirkung einer unmöglichen Bedingung, so

---

[1]) Unrichtig ist es, diese Bedingungen zu den rechtlich unmöglichen zu zählen, wie sich noch deutlicher weiter unten zeigen wird.

[2]) Es scheint hierbei ganz gleichgiltig, ob die eingetretene Unmöglichkeit dem Erblasser bekannt geworden ist oder nicht. Der §. 698 hebt zwar nur den ersten Fall hervor, aber wahrscheinlich bloß deßhalb, weil man hier allenfalls hätte zweifeln können, ob der Erblasser nicht vielmehr die Bedingung erlassen habe, da er die Erbseinsetzung (oder die Zuwendung) eines Vermächtnisses nicht änderte. Allein mit Recht geht unser Gesetzbuch von der Ansicht aus, daß gerade die Nichtänderung des Testamentes (oder Codicilles) auf den fortdauernden Willen des Erblassers schließen lasse, daß der Bedachte nichts erhalten solle, wenn die beigefügte Bedingung nicht eintritt. — Für den Fall, als die erst später eingetretene Unmöglichkeit dem Erblasser nicht bekannt geworden, will Nippel (Erläut. Bd. 4, S. 396) die Analogie aus §. 701 zur Anwendung bringen, und die Bedingung als nicht beigesetzt betrachten. Allein der Fall einer erfüllten, wenngleich nicht wiederholbaren Bedingung, den der §. 701 normirt, ist doch offenbar von dem Falle einer nicht erfüllten (vereitelten) Bedingung wesentlich verschieden.

[3]) Vgl. Harum, a. a. O. S. 160. — Winiwarter, bürgerl. Recht, Bd. 3, S. 237. — Anderer Meinung ist Helm (a. a. O. S. 222), indem er behauptet, daß die Anfangs unmögliche Bedingung, wenn der Umstand in der Folge auch wirklich eintreten sollte, nicht die Wirkung einer möglichen erhalten könne; ja der Verfasser geht noch weiter, und meint, daß sogar eine an sich mögliche, aber von dem Erklärenden als unmöglich erkannte Bedingung einer wirklich unmöglichen gleich zu achten sei.

[4]) S. Harum, a. a. O. S. 160.

[5]) Zeiller (Comment. Bd. 2, S. 664) führt als Beispiel einer verneinend phisisch unmöglichen Bedingung an: wenn A die B, die bereits verstorben ist, nicht heirathet; allein diese Bedingung ist keine unmögliche, sondern im Gegentheil eine nothwendige. — Vgl. Harum, a. a. O. S. 161.

muß nach unserem Gesetze unterschieden werden, ob sie aufschiebend oder auflösend beigesetzt ist. Im ersten Falle macht sie die Anordnung ungiltig, weil es eben gewiß ist, daß die Erfüllung der Bedingung niemals eintreten kann, daher in der Einsetzung unter einer solchen Bedingung eigentlich eine Verweigerung des Nachlasses liegt. Hierbei ist es gleichgiltig, ob die Bedingung bejahend oder verneinend beigesetzt erscheint, da das Gesetz dießfalls keinen Unterschied macht, und die Gleichstellung der verneinenden und der auflösenden Bedingungen im §. 708 nur bei den möglichen Bedingungen gilt [1]). — Ist die unmögliche Bedingung auflösend beigefügt (z. B. A soll die Erbschaft dem C herausgeben, wenn er die B, die bereits verstorben ist, heiratet, oder wenn er die B, die er bereits geheiratet hat, nicht heiratet), so ist sie als nicht beigesetzt anzusehen, weil es hier eben wieder gewiß ist, daß dasjenige nicht geschehen könne, wovon der Verlust des Rechtes abhängig gemacht wurde, dieses ist demnach als unbedingt erworben anzusehen.

5. Die unerlaubten (unsittlichen) Bedingungen werden häufig als moralisch oder juristisch unmögliche bezeichnet; allein diese Auffassung ist, wie schon oben angedeutet wurde, eine unrichtige; denn unmöglich ist nur dasjenige, was nach phisischen oder Rechtsgesetzen nicht eintreten kann, wovon bei den unerlaubten Bedingungen gerade das Gegentheil stattfindet; diese sind also wahre Bedingungen, weil es bei ihnen allerdings ungewiß ist, ob sie geschehen oder nicht geschehen werden; das Gesetz hat sie aber, was ihre Wirkung anbelangt, auf gleiche Weise, wie die unmöglichen behandelt, weil es einer Verführung zum unerlaubten, einer Beförderung der Unsittlichkeit durchaus keinen Schutz gewähren darf. Dieß führt uns zugleich zur richtigen Bestimmung des Begriffes einer unerlaubten Bedingung, als einer solchen, durch welche eine pflichtwidrige Handlung oder Unterlassung mit einem Vortheile, oder eine pflichtmäßige Handlung oder Unterlassung mit einem Nachtheile verknüpft, also in dem einen wie in dem andern Falle ein Anreiz zum unerlaubten gegeben wird; z. B. A soll mein Erbe sein, wenn er vom Christenthume abfällt (aufschiebend bejahend), wenn er seinen dürftigen Eltern den nöthigen Unterhalt zu verabreichen unterläßt (aufschiebend verneinend); A soll die Erbschaft dem C herausgeben, wenn er seinen Kindern irgend eine Erziehung zu Theil werden läßt (auflösend bejahend), wenn er nicht binnen 3 Jahren vom Christenthume abfällt (auflösend verneinend) [2]). Dagegen ist es keine unerlaubte Bedingung, wenn der Vortheil mit der Unterlassung einer verbotenen Handlung, oder der Nachtheil mit der Begehung derselben verbunden wird (z. B. A soll mein Erbe sein, wenn er binnen einem Jahre keinen Diebstahl mehr begeht, oder A soll dem C die Erbschaft herausgeben, sobald er wieder einen Diebstahl begeht). Ebenso ist die, auf die schlechte Handlung eines dritten gestellte Bedingung in der Regel ebenfalls als eine erlaubte anzusehen (z. B. A soll 1000 fl. erhalten, wenn B vom Christenthume abfällt), und nur ausnahmsweise könnte sie zu einer unerlaubten werden, wenn sich aus den Umständen befürchten ließe, daß der Bedachte einen Einfluß auf die Verübung jener unerlaubten Handlung nehmen könnte [3]). Als unerlaubt muß übrigens nicht nur jene Handlung oder Unterlassung angesehen werden, welche einem Justiz- oder politischen Gebots- oder Verbotsgesetze widerstreitet [4]), sondern auch diejenige, welche einer absolut bestimmten moralischen Verpflichtung entgegenläuft, wie insbesondere aus der Analogie des §. 26 hervorzugehen scheint, der als „unerlaubte Gesellschaften"

---

[1]) Wir machen hierbei wiederholt auf die schon oben gerügte Verwechslung zwischen verneinenden unmöglichen und verneinenden nothwendigen Bedingungen aufmerksam. Die Bedingung, A soll 1000 fl. erhalten, wenn er die schon verstorbene B nicht heirathet, macht freilich die Erklärung des letzten Willens nicht ungiltig; aber nicht deßhalb, weil sie eine verneinend unmögliche, sondern weil sie eine nothwendige ist. Hieße es dagegen, A soll 1000 fl. erhalten, wenn einmal die Sonne an einem Tage nicht aufgeht, so ist nicht abzusehen, warum diese Bedingung einer auflösenden gleichgehalten werden sollte. Vielmehr, da es gewiß ist, daß sie niemals eintreten kann, wird die ganze Anordnung dadurch entkräftet werden.

[2]) Vgl. Harum, a. a. O. S. 169 — dann Nippel, Materialien zur Reform der österr. Gesetzgebung im Justizfache, S. 123.

[3]) S. Harum, a. a. O. S. 170.

[4]) Auf solche Handlungen will Helm (a. a. O. S. 226) den Begriff der Unerlaubtheit beschränken.

auch jene bezeichnet, welche, ohne durch die politischen Gesetze insbesondere verboten zu sein, offenbar der Sicherheit, öffentlichen Ordnung oder den guten Sitten widerstreiten [1]).

6. Die Wirkung der unerlaubten Bedingungen besteht, in Folge ihrer Gleichstellung mit den unmöglichen, darin, daß sie, aufschiebend beigefügt, die letztwillige Anordnung entkräften, damit eben für den Bedachten kein Anreiz vorhanden sei, durch Verübung des unerlaubten den Nachlaß gewinnen zu wollen; dagegen ist die auflösende unerlaubte Bedingung als nicht beigesetzt anzusehen, und das Recht, dessen Verlust daran geknüpft ist, wird wie ein unbedingtes erworben, eben auch wieder deßhalb, damit sich der unter einer solchen Bedingung eingesetzte Erbe oder Legatar nicht durch die Furcht vor dem Verluste des ihm zugedachten Vortheiles zu jener unerlaubten Handlung oder Unterlassung verleiten lasse.

7. Das Gesetz bezeichnet noch als unwirksam, wenn auch nicht als unerlaubt: die Bedingung der Nichtverehelichung (§. 700); die Anordnung des Erblassers, wodurch er dem Erben oder Legatar unter angedrohter Entziehung eines Vortheiles verbietet, den letzten Willen zu bestreiten (§. 720); jede den Pflichttheil einschränkende Bedingung (§. 774); endlich die Bedingung, durch welche dem Erben der Vorbehalt der rechtlichen Wohlthat des Inventars benommen würde (§. 803).

§. 699.

c) mögliche und erlaubte Bedingungen;

Sind die Bedingungen möglich und erlaubt, so kann das davon abhängende Recht nur durch ihre genaue Erfüllung erworben werden; sie mögen vom Zufalle, von dem Willen des bedachten Erben, Legatars, oder eines Dritten abhängen.

1. Das Rechtsverhältniß, welches von einer möglichen und erlaubten Bedingung abhängig gemacht ist, läßt sich in drei verschiedenen Zuständen denken, und zwar zunächst in dem Zustande der Unentschiedenheit. So lange es sich in diesem befindet, wird die Bedingung als eine schwebende bezeichnet (conditio pendet). Der Zustand der Unentschiedenheit kann sich aber auf zweierlei Art in Gewißheit verwandeln, nämlich entweder durch die Erfüllung der Bedingung (conditione impleta, expleta, exsistente), oder durch die Gewißheit ihrer Nichterfüllung (die Bedingung ist dann ausgefallen, hinweggefallen, vereitelt; defecit conditio). Erfüllt ist aber eine bejahende Bedingung, wenn das darin geforderte Ereigniß eingetreten ist (z. B. wenn A Doctor geworden ist), eine verneinende dagegen, wenn es gewiß ist, daß das fragliche Ereigniß (z. B. daß A die B nicht heirate) nicht mehr eintreten kann. Diese Gewißheit kann aber wieder auf verschiedene Art hergestellt werden, nämlich: a) wenn die Bedingung auf eine bestimmte Zeit eingeschränkt war, und diese Zeit abgelaufen ist, ohne daß das Ereigniß eintrat; b) wenn das Ereigniß unmöglich geworden (z. B. die B gestorben ist); c) mit dem Tode des Berechtigten, ohne daß derselbe die ihm durch die Bedingung untersagte Handlung vorgenommen hat (s. unten). Dagegen ist die bejahende Bedingung als hinweggefallen anzusehen, wenn das Ereigniß, welches derselben zufolge geschehen sollte, nicht mehr eintreten kann (z. B. wenn die B, welche der A heiraten sollte, früher gestorben ist); die verneinende aber, wenn dasjenige geschehen ist, was dem Willen des Testators zufolge nicht eintreten sollte (wenn A die B, deren Nichtehelichung ihm zur Bedingung gemacht wurde, wirklich geehelichet hat).

2. Frägt es sich nun weiter um die Wirkungen einer möglichen und erlaubten Bedingung, so muß wieder zuvörderst zwischen der aufschiebenden und auflösenden Bedingung unterschieden werden. So lange die aufschiebende Bedingung noch schwebt, kann das von dem Eintritte derselben abhängig gemachte Recht nicht als erworben angesehen werden. Der Bedachte hat nur die Hoffnung, es zu

---

[1]) S. Nippel, Erläut. Bd. 4, S. 388. — Winiwarter, bürgl. Recht, Bd. 3, S. 238.

erwerben; stirbt er daher vor dem Eintritte, so kann er das noch nicht erlangte Recht auch nicht auf seine Erben übertragen (§§. 536 und 684). So lange das Recht des Erben oder Legatars wegen der noch nicht erfüllten Bedingung verschoben bleibt, gebührt der einstweilige Besitz und Genuß des Nachlasses oder Legates im ersten Falle dem gesetzlichen Erben, im zweiten Falle dem Erben (testamentarischen oder gesetzlichen), der mit der Entrichtung des Vermächtnisses beauftragt ist, oder bei einem Aftervermächtnisse dem damit belasteten Legatare (§. 707)[1]). Diese haben, bis die Bedingung erfüllt wird, das eingeschränkte Eigenthumsrecht, mit den Rechten und Verbindlichkeiten eines Fruchtnießers (§. 613). Sie können also bei unbeweglichen Gütern verlangen, daß diese in den öffentlichen Büchern auf ihren Namen eingetragen werden, bei beweglichen aber die Einräumung ihres Besitzes fordern; nur müßte anderseits auch für die Erhaltung der Substanz zu Gunsten des unter der aufschiebenden Bedingung eingesetzten Erben oder Legatars gesorgt, also z. B. die Beschränkung, welche sich hieraus ergibt, ebenfalls in den öffentlichen Büchern, und zwar in dem Lastenstande, ersichtlich gemacht[2]), allenfalls auch Sicherstellung geleistet werden (§. 520).

3. Die Erwerbung des von einer aufschiebenden (möglichen und erlaubten) Bedingung abhängigen Rechtes findet erst durch die genaue Erfüllung derselben statt (§. 699). Durch sie wird, wie sonst durch den Tod des Erblassers, der Erbanfall begründet (§§. 536, 545, 684); der Bedachte muß also die Erfüllung der Bedingung überleben, und bei dem Eintritte derselben erbfähig sein (§. 703). Wann eine Bedingung als erfüllt zu betrachten sei, ist bereits oben angegeben worden, und es kömmt hier nur noch beizufügen, daß die Erfüllung eine genaue sein, daß mithin dasjenige, was sie fordert, auch mit Rücksicht auf die etwa hinzugefügten Nebenumstände der Zeit, des Ortes u. dgl. vollständig geschehen müsse, ohne daß die Schwierigkeit der Erfüllung oder der Umstand, daß sich kein vernünftiger Zweck derselben erkennen läßt, eine Ausnahme zu begründen vermöchte[3]). Dagegen ist es in der Regel gleichgiltig, ob die Bedingung erst nach dem Tode des Erblassers, oder schon bei dem Leben desselben eingetroffen sei. Eine Wiederholung wird im letzteren Falle (nach §. 701), gleichsam als Beweis des Gehorsams gegen den Testator, nur dann gefordert, wenn die Bedingung eine s. g. potestative ist (s. o. S. 304 d. W.), d. h. in einer Handlung des Erben oder Legatars besteht, und von diesem wiederholt werden kann. Nach römischem Rechte wurde vermittelst einer Fiction die unerfüllte Bedingung als erfüllt angesehen und behandelt: a) wenn derjenige, auf dessen Vortheil die Erfüllung berechnet ist, freiwillig darauf verzichtet (quotiens per eum, cujus interest conditionem impleri, fit quo minus impleatur), und b) wenn derjenige die Erfüllung verhindert, der aus der Nichterfüllung Vortheil zieht (quotiens per eum, cujus interest conditionem non impleri, fiat quominus impleatur), unsere Gesetzgebung hat aber diese, allerdings aus natürlichen Rechtsregeln abgeleiteten Grundsätze nicht aufgenommen. Die Wirkung der erfüllten Suspensiv-Bedingung besteht nun darin, daß das davon abhängige Recht zur Existenz

---

[1]) Nicht etwa dem allenfalls vorhandenen Substituten, weil der Eintritt eines Nacherben voraussetzt, daß der eingesetzte Erbe (Legatar) den Nachlaß nicht annehmen konnte oder wollte, was aber hier eben noch ungewiß ist. Sind mehrere Miterben (Mitvermächtnißnehmer) ohne Bestimmung der Theile oder in dem Ausdrucke einer gleichen Theilung eingesetzt (§. 560), so gebührt der einstweilige Besitz und Genuß des Erbtheiles (Vermächtnißantheiles), welchen der unter einer aufschiebenden Bedingung eingesetzte erhalten soll, seinen Miterben (Mitvermächtnißnehmern), da diese eigentlich zu dem ganzen Nachlasse (Vermächtniß) berufen sind, und nur durch die Concurrenz der Miterben (Mitvermächtnißnehmer) beschränkt sind, die aber hier noch nicht eintritt. S. Unger, Erbrecht, S. 77, Anmerkg. 19.

[2]) S. Winiwarter, bürgerl. Recht, Bd. 3, S. 249.

[3]) Vgl. den von Dr. Kalessa in der Zeitschr. für österr. Rechtsgel. (1839, I., S. 46) mitgetheilten Rechtsfall, in welchem folgende testamentarische Anordnung gemacht wurde: „Als meine Erben erkläre ich den J. H. zu 2/5 und die N. J. zu 3/5, aber unter der schweren Bedingung, daß beide diese Erben in den ehelichen Bund treten sollen. Geschieht dieses nicht, so soll mein ganzes Vermögen zu Papiergeld verwechselt, dieses unter meinen Leichnam gelegt und verbrannt werden.“ — Vgl. auch das Hfkzld. v. 16. November 1826 (Bd. 54 der pol. Ges. Sammlg., S. 128), wonach die oben angeführten Bestimmungen auch dann zu gelten haben, wenn die Bedingung so schwierig ist, daß sie der Erbe oder Legatar aller Wahrscheinlichkeit nach nicht erfüllen, oder deren Eintritt nicht erleben kann.

gelangt. Der Nachlaß oder das Legat muß also von demjenigen, der einstweilen in den Besitz und Genuß desselben getreten war (s. o. S. 308 d. W.), dem bedachten Erben oder Legatare herausgegeben werden; doch kann man nicht sagen, daß die Erfüllung der Bedingung auf den Todestag des Erblassers zurückbezogen werde, da der §. 707 dem einstweiligen Besitzer vielmehr die nämlichen Rechte einräumt, welche dem Fiduciarerben bei einer fideicommissarischen Substitution zu Statten kommen.

4. Ist die Suspensiv-Bedingung hinweggefallen, so ist es gewiß, daß das davon abhängige Recht nicht mehr zur Existenz gelangen kann; es tritt also der nämliche Fall ein, wie wenn der eingesetzte Erbe oder Legatar den ihm zugedachten Nachlaß nicht annehmen konnte; dieser wird daher nun (s. o. S. 308 d. W.) an den etwa vorhandenen Substituten, oder im Wege des Zuwachsrechtes an die Miterben (oder Mitvermächtnißnehmer) gelangen; wenn aber solche nicht vorhanden wären, so fällt der erledigte Erbtheil an die gesetzlichen Erben (§. 726), das erledigte Vermächtniß aber an den Onerirten (§. 689).

5. Die unter den Z. 2—4 aufgeführten Bestimmungen würden auch bei einer aufschiebenden verneinenden Bedingung gelten, wenn das Gesetz hierüber nicht eine besondere Bestimmung getroffen hätte. Dieß ist nun aber allerdings im §. 708 geschehen. Schon das römische Recht hat nämlich zur Erleichterung der Erben und Legatare, denen ein Nachlaß unter einer aufschiebenden verneinenden Bedingung zugewendet war, die Verfügung getroffen, daß sie sogleich (pendente conditione) in den Genuß des ihnen zugedachten Rechtes eintreten können, wenn sie Caution (die s. g. cautio Muciana) bestellen, daß sie im Falle der Nichterfüllung (der künftigen Verletzung) der Bedingung das empfangene an diejenigen herausgeben werden, welchen es unter dieser Voraussetzung gebührt; jedoch galt dieß nur dann, wenn die Gewißheit der Erfüllung wenigstens in der Regel erst mit dem Tode des Berechtigten eintreten konnte (s. o. S. 308 d. W.). Unser Gesetzbuch ist nun diesem Vorgange wenigstens zum Theile gefolgt, indem es im §. 708 die verneinende Bedingung der auflösenden gleichstellte, da bei dieser der Bedachte sogleich in den Genuß des Nachlasses eintritt, jedoch nur mit dem beschränkten Rechte eines Fiduciarerben gegenüber dem fideicommissarischen Substituten, so daß er die Pflicht hat, im Falle der künftigen Verletzung der Bedingung die Erbschaft oder das Vermächtniß demjenigen herauszugeben, dem es unter dieser Voraussetzung zufällt. Ein Unterschied waltet nur darin ob, daß wenigstens in der Regel keine Caution verlangt wird, und daß auch hier (wie bei der bejahenden Suspensiv-Bedingung, s. oben S. 308 d. W.) die Wirkung des Verlustes nicht auf den Todestag des Erblassers zurückbezogen wird (s. unten Z. 6)[1]. Geht die verneinende Bedingung dadurch in Erfüllung, daß das betreffende Ereigniß unmöglich wird (s. o. S. 307 d. W.), so verwandelt sich das beschränkte Recht des Erben oder Legatars in ein unbeschränktes.

6. Bei der auflösenden Bedingung wird die Erbschaft oder das Vermächtniß sofort erworben; so lange aber die Bedingung noch schwebt, hat der Erbe oder Legatar nur ein eingeschränktes Eigenthumsrecht mit den Rechten und Verbindlichkeiten eines Fruchtnießers (§. 708 in Verbindung mit §. 613); fällt die Be-

[1]) Winiwarter behauptet (bürgl. Recht, Bd. 3, S. 251), daß sich der §. 708 nur auf verneinende auflösende Bedingungen beziehe, während bei einer verneinenden aufschiebenden Bedingung (ebd. S. 249), wenn sie von der Art ist, daß das Gegentheil dessen, was der Erblasser zur Bedingung setzte, so lange eintreten kann, als der Eingesetzte am Leben ist, der Eingesetzte dann in den Genuß des ihm zugedachten Vortheiles gesetzt werden soll, wenn er Sicherheit leistet, daß er den Willen des Erblassers erfüllen und im entgegengesetzten Falle alles herausgeben werde, was er aus der Verlassenschaft erlangt hat. — Hiergegen scheint uns aber eingewendet werden zu können, daß das Gesetz im §. 708 zwischen der verneinenden aufschiebenden und der verneinenden auflösenden Bedingung nicht unterscheidet, daß ferner die Textirung dieses §. „verneinenden oder auflösenden Bedingung" ganz verfehlt wäre, wenn unter der „verneinenden" Bedingung doch wieder nur eine auflösende verstanden werden sollte; daß endlich der angedeuteten Sicherheitsbestellung und der rückwirkenden Kraft, welche der Verfasser der Nichterfüllung der Bedingung beilegt, nirgends Erwähnung geschieht. — Wäre der verneinenden Bedingung zugleich auch eine Zeitbestimmung beigefügt (z. B. A soll mein Erbe sein, wenn er binnen 10 Jahren sein Vaterland nicht verläßt), so müßten freilich nebstbei auch die Bestimmungen über einen beigefügten Zeitpunkt zur Anwendung kommen.

dingung hinweg, so verwandelt sich dieses Recht in ein unbeschränktes; tritt sie dagegen ein, so muß der Nachlaß demjenigen herausgegeben werden, welchen der Erblasser dazu berufen hat, jedoch ohne daß die Wirkung der eingetretenen Aufhebung auf den Zeitpunkt des Erbanfalles zurückbezogen würde. Hätte der Erblasser keine Bestimmung darüber getroffen, wer in den Besitz des verwirkten Nachlasses gelangen solle, so müßte ein auf diese Weise in Erledigung kommender Erbtheil wohl den etwa vom Erblasser ernannten fideicommissarischen Substituten, in Ermanglung eines solchen aber den ohne Theilbestimmung ernannten Miterben, und wenn auch keine solchen vorhanden wären, den gesetzlichen Erben anheimfallen (§. 726); ein erledigtes Vermächtniß würde aber, wenn kein Substitut und kein ohne Theilbestimmung berufener Collegatar einzutreten hat (nach der Analogie des §. 689), an den Onerirten zurückkommen.

§. 700.

d) Bedingung der Nichtverehelichung;

Die Bedingung, daß der Erbe oder der Legatar sich, selbst nach erreichter Großjährigkeit, nicht verehelichen soll, ist als nicht beigesetzt anzusehen. Nur eine verwitwete Person muß, wenn sie Ein oder mehrere Kinder hat, die Bedingung erfüllen. Die Bedingung, daß der Erbe oder Legatar eine bestimmte Person nicht heirathe, kann giltig auferlegt werden.

1. Die Wahl des ehelosen Standes ist zwar an sich nicht tadelnswerth, allein das Gesetz will aus Gründen der Moral und des öffentlichen Wohles nicht, daß derjenige, der fähig und vielleicht auch geneigt wäre, eine Ehe einzugehen, durch Eigennutz davon abgehalten werde[1]). Deßhalb ist im allgemeinen die Bedingung, daß der Erbe oder der Legatar sich nicht verehelichen solle, sie mag aufschiebend oder auflösend beigefügt sein[2]), als nicht beigesetzt anzusehen. Sie unterscheidet sich hierdurch von den unerlaubten Bedingungen, welche, wenn sie aufschiebend beigesetzt sind, die Anordnung selbst ungiltig machen (§. 698).

2. Allerdings gibt es aber Ausnahmen, vermöge welcher die in Frage stehende Bedingung als wirksam anerkannt werden muß, und zwar zuvörderst, wenn sie nur dahin lautet, daß sich der Erbe oder Legatar nicht vor erreichter Großjährigkeit verehelìche, weil hier die löbliche Absicht obwalten kann, eine unbesonnene Heirat zu verhüten. Unter Großjährigkeit ist hier wohl nur das phisische Alter von 24 Jahren zu verstehen, so daß, wenn auch die väterliche oder vormundschaftliche Gewalt über diesen Zeitraum hinaus verlängert wurde (§§. 172 und 251), die Bedingung nicht weiter eingehalten zu werden braucht, wogegen sie aber auch anderseits nicht hinwegfällt, wenn vor erreichter Großjährigkeit eine Nachsicht des Alters stattgefunden hat (§§. 174 und 252)[3]). Da übrigens die Bedingung der Nichtverehelichung, wenn sie ohne Beschränkung auf die Jahre der Minderjährigkeit beigefügt wurde, als nicht geschrieben zu betrachten ist, so können wir der Ansicht Ellinger's (Handb. S. 272) nicht beipflichten, wenn er behauptet, daß sie von einem minderjährigen Erben oder Legatare wenigstens so lange beobachtet werden müsse, bis er die Großjährigkeit erreicht hat[4]).

3. Die Bedingung der Nichtverehelichung ist ferner als giltig anzusehen, wenn sie einer verwitweten Person gesetzt wird, die ein oder mehrere Kinder hat, weil diese häufig bei einer zweiten Ehe hintangesetzt werden. Ob die Kinder eheliche oder

---

[1]) S. Edlmann (Friedr.): Abhandlung über die, einer Erklärung des letzten Willens beigesetzte Bedingung der Nichtverehelichung. Wien, 1822.

[2]) S. Helm, a. a. O. S. 232.

[3]) Anderer Meinung ist Nippel (Erläut. Bd. 4, S. 403), denn der Grund des Gesetzes, warum dasselbe gerade die Großjährigkeit als den Gränzpunkt annimmt, bis wohin der Erblasser den Erben oder Legatar in dem Entschlusse, sich zu verehelichen, beschränken könne, sei offenbar der, weil derselbe bis dahin ohnedieß noch keine Person ist, welche selbständig handeln kann. — Allein mit Recht bemerkt hiergegen Winiwarter (bürgerl. Recht, Bd. 3, S. 241), daß es etwas anderes ist, sich gar nicht, und sich mit Genehmigung einer dritten Person verehelichen können.

[4]) Nach Unger (Erbr. S. 74, Anmerkg. 10) kommt es auf die Individualität des Falles an.

uneheliche, großjährige oder minderjährige, leibliche oder Adoptivkinder seien, scheint bei dem allgemeinen Wortlaute des Gesetzes keinen Unterschied zu begründen, und ebenso dürfte es gleichgiltig sein, ob die Bedingung von dem vorverstorbenen Gatten oder von einer dritten Person gesetzt wurde. Sowohl nach der Absicht des Gesetzes, als nach dem Ausdrucke desselben („wenn sie ein oder mehrere Kinder hat") möchte übrigens anzunehmen sein, daß die angeordnete Beschränkung hinwegfalle, wenn die bedachte Person in der Folge ihrer Kinder beraubt wird [1]).

Die gleiche Ansicht hat der oberste Gerichtshof mit Beschluß vom 23. December 1862, Z. 8251, in dem in das Judicatenbuch unter Nr. 52 eingetragenen Rechtssatze dahin ausgesprochen: Die einer verwitweten Person auferlegte Bedingung, sich nicht wieder zu verehelichen, verliert ihre Wirksamkeit, sobald die bedachte Person ihrer, zur Zeit des Todes des Erblassers vorhandenen Kinder verlustig geworden ist.

4. Nach dem Hfd. vom 28. Mai 1844, Nr. 807 der J. G. S., ist es ferner als eine giltige Verfügung anzusehen, „wenn der Erblasser seiner Ehegattin den Genuß der ganzen Erbschaft oder eines relativen Theiles derselben, oder endlich eines Legates mit der Beschränkung auf die Dauer ihres Witwenstandes zuwendet," ohne daß dabei unterschieden wird, ob sie Kinder hat oder nicht [2]).

5. Ebenso giltig ist nach derselben gesetzlichen Vorschrift jene letztwillige Verfügung, wodurch der Erblasser für eine dritte Person bis zu dem Zeitpunkte, wo dieselbe in den ehelichen Stand tritt, auf die Art sorgt, daß er ihr den Genuß der ganzen Erbschaft, oder eines relativen Theiles derselben, oder eines Legates zuwendet [3]).

6. Endlich kann nach §. 700 auch die Bedingung, daß der Erbe oder Legatar eine bestimmte Person nicht heirate, giltig auferlegt werden; nicht das Gleiche würde aber behauptet werden können, wenn die Verehelichung mit einer ganzen Classe von Personen (z. B. einer Unadeligen) ausgeschlossen würde.

7. Edelmann spricht sich a. a. O. S. 17 dahin aus, daß die Bedingung der Nichtverehelichung auch dann zulässig sei, wenn nur die Eingehung der Ehe an einem bestimmten Tage, oder vor, nach oder während einer bestimmten Zeit dadurch untersagt würde; allein mit Recht läßt sich gegen diese Ansicht einwenden [4]), daß dadurch dem richterlichen Ermessen ein zu großer Spielraum eingeräumt würde, weil sich kaum eine sichere Gränzlinie des erlaubten und nichterlaubten ziehen ließe, daß ferner der §. 700 die Bedingung der Nichtverehelichung im allgemeinen für unstatthaft erklärt, und daß die Ausnahmen, welche der Gesetzgeber selbst von dieser Regel gemacht hat, durch die Doctrin nicht erweitert werden dürfen.

8. Wäre aber auch die Bedingung der Nichtverehelichung in einer Art auferlegt worden, daß sie nach §. 700 als nicht beigesetzt anzusehen ist, so enthält sie doch nicht etwas absolut unerlaubtes oder gesetzwidriges. Der Erbe (oder Vermächtnißnehmer) kann sich daher immerhin derselben unterwerfen, und hat er einmal den ihm

---

[1]) Anderer Meinung ist Füger, Erbrecht, Bd. 2, S. 223.

[2]) S. Likawetz-Oberhauser (Dr. A.), Ueber den Sinn der a. h. Entschl. vom 4. Mai 1844 (kundgem. durch das Hfkzld. v. 2. September 1844, Z. 28000), betreffend die Bedingung der Nichtverehelichung (in der Zeitschr. für österr. Rechtsgel. 1845, I., S. 157). — Civilrechtsfall in Nr. 33 der Ger. Halle J. 1857.

[3]) S. die Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 16. Dezember 1852, Zahl 13226, in Nr. 77 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1856. J hatte in seinem Testamente die eine Hälfte seines Vermögens seinen sechs Kindern zu gleichen Theilen hinterlassen; hinsichtlich der andern Hälfte berief er seine zwei Söhne zu Eigenthumserben (eredi proprietarj), vermachte aber seiner Witwe den Fruchtgenuß auf ihre Lebensdauer oder bis zu ihrer Wiederverehelichung, und ordnete ferner an, daß, falls seine Tochter A unvermählt bleiben sollte, auch sie an der den Söhnen vermachten Hälfte zu gleichen Theilen mit diesen Theil nehmen solle. Der oberste Gerichtshof ging von der Ansicht aus, daß aus dem Testamente durchaus nicht die Absicht des Erblassers zu entnehmen sei, seiner Tochter das Heiraten zu verbieten oder zu erschweren; man müsse eher annehmen, daß es sein Wunsch gewesen sei, sie gleich den anderen Töchtern verehelicht zu sehen, er dachte aber an den Fall, daß dieser Wunsch unerfüllt bleiben könnte, und für solchen Fall wollte er ihr wenigstens durch eine Versorgung, welche ihr einen besseren Unterhalt sicherte, einigen Trost gewähren. Nicht also die Absicht, der Tochter die Verehelichung zu verbieten, sondern die Besorgniß, daß sie unverehelicht bleibe, war es, die den Erblasser bei seiner Anordnung leitete. Es tritt hier demnach weder nach dem Wortlaute des Testamentes, noch nach der daraus erkennbaren Absicht des Erblassers der im §. 700 des a. b. G. B. vorgeschriebene Fall ein. — Auf ganz ähnlichen Gründen beruht die von Glaser und Unger in ihrer Sammlg. unter Nr. 487 mitgetheilte Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 15. December 1857, Z. 10779.

[4]) Vgl. die Recension von Dr. Stöger in der Zeitschr. für österr. Rechtsgel. 1825, III., S. 10. — Nach Unger (Erbr. S. 74, Anmerkg. 10) ist eine solche Bedingung immerhin zulässig, wenn sie nur nicht in fraudem legis gesetzt ist.

zugedachten Erbtheil (oder das ihm zugewendete Vermächtniß) unter dieser Bedingung ohne Vorbehalt angenommen, so kann er wohl nach in Rechtskraft erwachsener Einantwortung nicht mehr zurücktreten, und die in Frage stehende Bedingung anfechten [1]).

9. Die Bedingung, in den geistlichen Stand zu treten, ist von der Bedingung der Nichtverehelichung wesentlich verschieden, und kann daher jedenfalls giltig beigesetzt werden, denn die Ehelosigkeit ist hier nicht der unmittelbare Zweck der Verfügung, sondern nur Folge des gewählten Berufes.

§. 701.

e) [Vorschrift] wenn die Bedingung bei dem Leben des Erblassers erfüllet worden.

Ist die in der letzten Willenserklärung vorgeschriebene Bedingung schon bei dem Tode des Erblassers eingetroffen, so muß die Erfüllung derselben nach dem Tode des Erblassers nur dann wiederholt werden, wenn die Bedingung in einer Handlung des Erben oder Legatars besteht, welche von ihm wiederholt werden kann.

S. die Erörterung dieses §. S. 304, Z. 5 und S. 308, Z. 3.

§. 702.

Ob die Bedingung auch auf die Nachberufenen auszudehnen sei.

Eine dem Erben oder Legatar beigerückte Bedingung ist, ohne ausdrückliche Erklärung des Erblassers, auf den von dem Erblasser nachberufenen Erben oder Legatar nicht auszudehnen.

1. Die Natur einer Bedingung bringt es mit sich, daß dabei, wenigstens in der Regel, auf die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse des Bedachten Rücksicht genommen wird; es ist also nicht anzunehmen, daß der Erblasser sie auch auf den nachberufenen Erben oder Legatar ausgedehnt wissen wollte, der sich möglicher Weise unter ganz anderen Verhältnissen befindet, und vielleicht nur deßhalb substituirt wurde, weil der Testator voraussah, daß die von ihm gesetzte Bedingung leicht unerfüllt bleiben könne.

2. Was der §. 702 hinsichtlich der nachberufenen Erben oder Legatare bestimmt hat, muß wegen Gleichheit des Grundes wohl auch von Miterben oder Mitvermächtnißnehmern gelten, welche etwa in Folge des Zuwachsrechtes in den erledigten Antheil eintreten.

3. Hinsichtlich der einem Erben oder Vermächtnißnehmer auferlegten Lasten verfügen die §§. 606 und 652, daß sie allerdings auch auf die Nachberufenen übergehen, und ebenso bestimmt der §. 563, daß derjenige, der einen erledigten Erbtheil erhält, auch die damit verknüpften Lasten übernehmen müsse, insofern sie nicht auf persönliche Handlungen des Erben eingeschränkt sind. Diese abweichende Bestimmung erklärt sich daraus, daß die Last als etwas an dem Vermögen haftendes angesehen wird. Ob übrigens die einem Nachlasse beigefügte Einschränkung eine Bedingung oder eine Last sei, kann, wie Zeiller (Comment. Bd. 2, S. 671) treffend bemerkt, nicht bloß aus dem gebrauchten Verbindungsworte („wenn" oder „damit"), sondern muß hauptsächlich aus der Beschaffenheit der beigesetzten Beschwerde, und dem wahrscheinlichen Zwecke des Nachlasses beurtheilt werden.

§. 703.

Wirkung einer möglichen aufschiebenden Bedingung.

Zur Erwerbung eines unter einer aufschiebenden Bedingung zugedachten Nachlasses ist nothwendig, daß die bedachte Person die Erfüllung der Bedingung überlebe, und bei dem Eintritte derselben erbfähig sei.

Dieser §. hat bereits oben S. 308, Z. 3 seine Erläuterung gefunden.

---

[1]) S. die Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 1. April 1857, Z. 1978, in Nr. 109 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1857.

§. 704.

2) Zeitpunkt.

Ist es ungewiß, ob der Zeitpunkt, auf welchen der Erblasser das zugedachte Recht einschränkt, kommen oder nicht kommen werde, so wird diese Einschränkung als eine Bedingung angesehen.

§. 705.

Ist der Zeitpunkt von der Art, daß er kommen muß, so wird das zugedachte Recht, wie andere unbedingte Rechte auch auf die Erben der bedachten Person übertragen, und nur die Uebergabe bis zum gesetzten Termine verschoben.

§. 706.

Wäre es offenbar, daß die in der letzten Anordnung ausgemessene Zeit nie kommen könne, so wird die Bestimmung dieser Zeit wie die Beisetzung einer unmöglichen Bedingung angesehen. Nur in dem Falle, daß der Erblasser wahrscheinlich bloß in der Berechnung der Zeit sich geirrt hat, wird der Zeitpunkt nach dem wahrscheinlichen Willen des Erblassers zu bestimmen sein.

1. Eine zweite Art der Einschränkung, welche der Erblasser seiner Anordnung beifügen kann, ist die Zeitbestimmung (dies), d. i. die zeitliche Begränzung der Wirksamkeit eines Rechtes, welche entweder für den Anfang (in diem, ex die) oder für das Ende desselben (ad diem) gegeben sein kann. Die eigentliche Zeitbestimmung ist von der Bedingung dadurch wesentlich unterschieden, daß der Eintritt des festgesetzten Zeitpunktes nichts ungewisses in sich enthält, sondern jedenfalls Platz greifen muß, während die Ungewißheit des Eintreffens gerade zum Wesen der Bedingung gehört.

2. Wird die Zeitbestimmung mit einem Umstande in Verbindung gebracht, dessen Existenz zweifelhaft ist, so trägt diese Einschränkung nur den Schein einer Zeitbestimmung in sich; sie ist eigentlich eine Bedingung, und kömmt nach den für diese geltenden Bestimmungen zu beurtheilen. Ein Beispiel hiervon wäre die Verfügung, daß A an seinem Hochzeitstage 1000 fl. erhalten solle, denn dieß heißt nur so viel, als daß er 1000 fl. erhalten solle, wenn er sich verheiratet [1]).

3. Verschieden hiervon ist der Fall, wenn eine wirkliche Zeitbestimmung zugleich mit einer Bedingung gesetzt wird, z. B. A soll drei Jahre nach seinem Hochzeitstage, oder B soll an seinem dreißigsten Geburtstage 1000 fl. erhalten, in welch' letzterem Falle stillschweigend die Bedingung beigefügt ist, daß B das dreißigste Lebensjahr auch wirklich erreiche. Auf eine solche Verfügung müssen die Anordnungen, welche das Gesetz über die Bedingungen, sowie über den Zeitpunkt getroffen hat, vereint zur Anwendung gebracht werden.

4. Eine eigentliche Zeitbestimmung kann auf verschiedene Art getroffen werden; entweder absolut durch Festsetzung eines bestimmten Tages, sei es unmittelbar, z. B. am 1. März 1866, sei es mittelbar durch Beziehung auf einen bestimmten Tag, z. B. drei Jahre nach meinem Todestage, der zur Zeit der Wirksamkeit des letzten Willens schon gewiß und bekannt sein muß (dies certus für die quaestio an und certus für die quaestio quando) — oder relativ, durch Beziehung auf ein Ereigniß, welches zwar nothwendiger Weise eintreten muß [2]), von dem man aber nicht weiß, wann es eintreten wird (dies certus für die quaestio an, incertus für die quaestio quando), z. B. der Todestag des Berechtigten oder Verpflichteten

---

[1]) In einem, in Nr. 40 der Not. Ztg. v. J. 1863 mitgetheilten Rechtsfalle hatte T in seinem Testamente den minderjährigen A und B, jedem ein Legat von 3000 Lire, welche ihnen gegeben werden sollen, wenn sie das Alter von 25 Jahren erreicht haben werden, bestimmt. Der oberste Gerichtshof entschied unterm 20. October 1858, Z. 10636, daß diese Legatsanordnung nach der gewöhnlichen Bedeutung der vom Erblasser gebrauchten Worte (§. 655 des b. G. B.) keine Bedingung enthalte, sondern nur die Zeit bestimme, zu welcher die Legatare die ihnen zugedachte Summe beheben können. Diese Zeit sei so beschaffen, daß sie nothwendig kommen muß; daher schließe sie nach §. 705 des b. G. B. jeden Begriff einer Bedingung aus. Das Recht werde daher mit dem Zeitpunkte des Todes des Erblassers auf die Legatare übertragen.

[2]) Wäre dieß nicht der Fall, so ist, wie schon oben bemerkt wurde, die Zeitbestimmung eigentlich eine verkappte Bedingung.

oder einer dritten Person. Die Wirkung einer solchen Zeitbestimmung trifft nicht die Existenz, sondern die Geltendmachung des Rechtes. Ist sie aufschiebend beigefügt, so wird zwar das zugedachte Recht sogleich erworben, die Uebergabe bleibt aber bis zum gesetzten Termine verschoben (§. 705). Es schadet deßhalb nicht, wenn auch dieser Termin so weit hinausgerückt ist, daß ihn der Bedachte wahrscheinlich nicht erleben wird [1]); denn er überträgt das zugedachte (und auch bereits erworbene) Recht, wenn er vor dem Eintritte des Zeitpunktes stirbt, auf seine Erben. So lange das Recht (eigentlich die Ausübung des Rechtes) des Erben oder Legatars wegen des noch nicht gekommenen Zeitpunktes verschoben bleibt, so lange finden im ersten Falle zwischen dem gesetzlichen und eingesetzten Erben, im zweiten Falle zwischen dem Erben (Onerirten) und Legatar in Hinsicht auf den einstweiligen Besitz und Genuß des Nachlasses oder Legates die nämlichen Rechte und Verbindlichkeiten, wie bei einer fideicommissarischen Substitution statt (§. 707 und oben S. 303 d. W.)

5. Wer eine Erbschaft oder ein Vermächtniß nur auf eine gewisse Zeit (ad diem) erhält, wo also die Zeitbestimmung auflösend beigesetzt erscheint, hat gegen den, welchem die Erbschaft oder das Vermächtniß beim Eintritte des bestimmten Zeitpunktes zufällt, die nämlichen Rechte und Verbindlichkeiten, welche einem Erben oder Legatar gegen den fideicommissarischen Substituten zukommen (§. 708 und oben S. 307 d. W.).

6. Ist es offenbar, daß die in der letzten Anordnung ausgemessene Zeit nie kommen kann, so involvirt die Zeitbestimmung eine Unmöglichkeit, sie ist also wie eine unmögliche Bedingung zu behandeln (§. 706), d. h. sie macht, aufschiebend beigesetzt, die ganze Anordnung unwirksam, während sie, auflösend beigesetzt, als nicht geschrieben zu erachten ist (§. 698). Eine Ausnahme findet nur dann statt, wenn es wahrscheinlich ist, daß sich der Erblasser bloß in der Berechnung der Zeit geirrt habe, z. B. wenn er die Entrichtung eines Legates am 29. Februar eines Jahres angeordnet hätte, welches kein Schaltjahr ist. Ein solcher Irrthum wird als ein außerwesentlicher angesehen, welcher nach §. 571 der Giltigkeit der letztwilligen Anordnung nicht schadet; diese ist vielmehr in der Art in Vollzug zu setzen, daß der wahrscheinliche Wille des Erblassers auf das möglichste erfüllt werde (§§. 558 und 706). In dem oben angegebenen Beispiele würde also die Auszahlung des Legates am letzten Februar des betreffenden Jahres erfolgen.

§. 707.

Rechtsverhältniß bei einer Bedingung oder einem Zeitpunkte zwischen der bedachten und der ihr nachfolgenden Person.

So lange das Recht des Erben oder des Legatars wegen einer noch nicht erfüllten Bedingung, oder wegen des noch nicht gekommenen Zeitpunktes verschoben bleibt; so lange finden im ersten Falle zwischen dem gesetzlichen und eingesetzten Erben; und im zweiten Falle zwischen dem Erben und Legatar, in Hinsicht auf den einstweiligen Besitz und Genuß des Nachlasses oder Legates, die nämlichen Rechte und Verbindlichkeiten wie bei einer fideicommissarischen Substitution statt.

§. 708.

Wer eine Erbschaft oder ein Vermächtniß unter einer verneinenden oder auf-

---

[1]) Hierauf gründet sich das Hfd. vom 16. November 1826 (pol. G. S. Bd. 54, S. 128): „Ein Erblasser hat mit Testament zu seinen Universalerben minderjährige Nichten mit der Beschränkung eingesetzt, daß diese erst nach Verlauf von 50 Jahren in den Genuß dieser Erbschaft zu treten haben, bis wohin die Einkünfte der letzteren zu eben so viel täglichen Messen, als dadurch bedeckt werden, zu verwenden sind. Da durch diese Testamentsbestimmung beinahe jede Wahrscheinlichkeit entfernt würde, daß die Erben wirklich in den Genuß der Erbschaft jemals treten, nachdem die Nichten 13 bis 18 Jahre alt sind, und außerdem die letzteren nebst ihrer Mutter in Armuth leben, so bemühten sich die geistlichen und weltlichen Behörden die Abänderung obiger Stiftung dahin zu erwirken, daß von der Erbschaft ein immerwährendes Beneficium für eine tägliche heilige Messe errichtet, der Rest derselben aber den Erben sogleich eingeantwortet werde. Diese Angelegenheit ist vor Seine Majestät gebracht worden, und Höchstdieselben haben mit a. h. Entschl. vom 11. November 1826 zu entscheiden geruht: daß, da der Wille des Erblassers nichts gesetzwidriges enthält, derselbe genau zu befolgen sei, und sich dieses die Behörden für ähnliche Fälle zur genauen Richtschnur zu nehmen haben."

lösenden Bedingung, oder nur auf eine gewisse Zeit erhält, hat gegen den, welchem die Erbschaft oder das Vermächtniß bei dem Eintritte der Bedingung oder des bestimmten Zeitpunktes zufällt, die nämlichen Rechte und Verbindlichkeiten, welche einem Erben oder Legatar gegen den fideicommissarischen Substituten zukommen (§. 613).

S. die Erläuterung dieser §§. oben S. 302 u. ff. d. W.

§. 709.

3) Auftrag.

Hat der Erblasser jemanden einen Nachlaß unter einem Auftrage zugewendet, so ist dieser Auftrag als eine auflösende Bedingung anzusehen, daß durch die Nichterfüllung des Auftrages der Nachlaß verwirkt werden solle (§. 696).

§. 710.

In dem Falle, daß der Auftrag nicht genau erfüllt werden kann, muß man demselben wenigstens nach Möglichkeit nahe zu kommen suchen. Kann auch dieses nicht geschehen, so behält doch der Belastete, wofern aus dem Willen des Erblassers nicht das Gegentheil erhellet, den zugedachten Nachlaß. Wer sich zur Erfüllung des Auftrages selbst unfähig gemacht hat, wird des ihm zugedachten Nachlasses verlustig.

§. 711.

Wenn der Erblasser die Absicht, wozu er den Nachlaß bestimmt, zwar ausgedrückt aber nicht zur Pflicht gemacht hat, so kann die bedachte Person nicht angehalten werden, den Nachlaß zu dieser Absicht zu verwenden.

§. 712.

Die Anordnung, wodurch der Erblasser seinem Erben eine unmögliche oder unerlaubte Handlung mit dem Beisatze aufträgt, daß er, wofern er den Auftrag nicht befolgte, einem Dritten ein Legat entrichten soll, ist ungiltig.

1. Der Auftrag ist jene Nebenbestimmung, vermöge welcher einem Erben oder Vermächtnißnehmer die Unternehmung einer gewissen Handlung (z. B. die Errichtung eines Denkmals, die Unterhaltung einer Schule, die Auszahlung eines bestimmten Betrages) zur Pflicht gemacht wird. Er unterscheidet sich von der Bedingung dadurch, daß er die Erwerbung des Nachlasses nicht hinausschiebt (wie die Suspensivbedingung), und daß die eintretende Unmöglichkeit der Erfüllung dem Bedachten keinen Nachtheil bringt. Er ist aber auch anderseits nicht mit solchen Erklärungen zu verwechseln, in denen der Erblasser bloß einen Rath oder Wunsch ausgesprochen hat, in denen er die Absicht, wozu er den Nachlaß bestimmte, zwar ausgedrückt, aber nicht zur Pflicht gemacht hat (§. 711), z. B. wenn er dem A 1000 fl. vermacht, damit dieser eine Reise nach Rom unternehmen könne. Ob ein Auftrag, eine Bedingung, oder die bloße Erklärung einer Absicht vorhanden sei, muß in jedem einzelnen Falle nicht bloß aus den Worten[1]), sondern aus dem ganzen Zusammenhange der getroffenen Anordnungen ermittelt werden. Im Zweifel würde nach der Analogie des §. 614 ein Auftrag vor einer Bedingung anzunehmen sein, eine erklärte Absicht aber vorzüglich dann, wenn die ausgedrückte Verwendung lediglich den Nutzen der bedachten Person selbst, und nicht den Vortheil eines dritten oder das gemeine Beste befördern soll.

2. Ist die dem Bedachten aufgetragene Handlung möglich und erlaubt, so muß der Wille des Erblassers in der Regel genau erfüllt werden, worüber das Gericht zu wachen hat (§. 817). Kann die Erfüllung nicht im vollen Umfange geschehen, so muß man dem Auftrage wenigstens nach Möglichkeit nahe zu kommen suchen[2]) (§. 710). Ist auch dies unthunlich, so fällt die Verpflichtung hinweg,

---

[1]) Im allgemeinen dürfte die Partikel „wenn“ auf eine Bedingung, das Wörtchen „damit“ auf einen Auftrag hindeuten.

[2]) So müßte z. B. ein Monument, welches nach dem Willen des Erblassers von einem bestimmt bezeichneten Künstler angefertiget werden sollte, einem andern übertragen werden, wenn jener vor Erfüllung des Auftrages verstorben wäre.

ohne daß der Berufene den ihm zugedachten Nachlaß verwirkt, eine Bestimmung, wodurch sich der Auftrag in seinen Wirkungen wesentlich von der Bedingung unterscheidet. Eine Ausnahme tritt nur dann ein, wenn sich der Berufene zur Erfüllung des Auftrages selbst unfähig gemacht, wenn er z. B. das Landgut verkauft hat, welches er nach dem Willen des Erblassers bebauen sollte; doch scheint hierbei vorausgesetzt werden zu müssen, daß der Bedachte zur Zeit, als er die fragliche Handlung (z. B. die Veräußerung jenes Landgutes) vornahm, schon um den Auftrag gewußt hat, weil ihm sonst kein Verschulden beigemessen werden kann. Die zweite Ausnahme, deren der §. 710 erwähnt, tritt dann ein, wenn aus dem Willen des Erblassers erhellet, daß mit der Nichterfüllung des Auftrages, auch wenn diese nur die Folge einer eingetretenen Unmöglichkeit wäre, der Verlust des zugedachten Nachlasses verknüpft sein solle.

3. Der mit dem Auftrage Belastete erwirbt sofort (mit dem Tode des Erblassers nach §§. 545 und 684) den ihm zugedachten Nachlaß, indem er durch denselben oft erst in die Lage versetzt wird, den ihm ertheilten Auftrag zu erfüllen. Er überträgt daher auch, wenn er in der Folge sterben sollte, das ihm bereits angefallene Recht auf seine Erben (§§. 537 und 684). Doch werden diese gleichfalls verpflichtet, den Auftrag nach Möglichkeit zu erfüllen, denn dieser ist vielmehr einer Last gleichzuachten[1]), die nach §. 563 auf denjenigen übergeht, welcher den damit behafteten Erbtheil erhält; während bei der Bedingung auch hier (nach §. 702) das Gegentheil gilt.

4. So lange der Auftrag nicht erfüllt, oder die Unmöglichkeit seiner Erfüllung (abgesehen von dem obigen Ausnahmsfalle) nicht am Tage ist, hat der Bedachte nur das eingeschränkte Eigenthumsrecht mit den Rechten und Verbindlichkeiten eines Fruchtnießers (§. 709 mit Beziehung auf §§. 708 und 613). Wird er erfüllt, oder zeigt sich die Unmöglichkeit der Erfüllung, so verwandelt sich das eingeschränkte Recht des Erben oder Legatars in ein uneingeschränktes. Ist dagegen der Bedachte in der (möglichen) Erfüllung säumig, oder hat er sich selbst dazu unfähig gemacht, so „verwirkt" er den Nachlaß (§. 709). Dieser fällt, wenn der Auftrag einem Erben ertheilt wurde, an die gesetzlichen Erben, wenn er einem Legate beigefügt ist, an den Onerirten, und es muß ihnen alles herausgegeben werden, was der Beauftragte in der Zwischenzeit bezogen hat, denn er befindet sich vorausgesetztermaßen im Verschulden[2]). Was übrigens die Zeit anbelangt, binnen welcher der Auftrag bei sonstigem Verluste des daran geknüpften Rechtes, erfüllt werden muß, so kann sie der Erblasser selbst bestimmen, und dann ist sich natürlich genau daran zu halten; wäre dieß aber nicht geschehen, so müßte die Erfüllung nach der Analogie des §. 904 ohne unnöthigen Aufschub erfolgen[3]).

5. Substitutionen und Anordnungen, welche denselben nach §§. 707—709 b. G. B. gleichzuhalten sind, müssen auf die denselben unterworfenen Güter in den öffentlichen Büchern eingetragen werden. Haben solche Anordnungen und Substitutionen Capitalien oder anderes bewegliches Vermögen zum Gegenstande, welches dem eingesetzten Erben oder Legatar ausgefolgt werden soll, so muß dasselbe, insofern nicht die Sicherstellung in dem letzten Willen selbst erlassen ist, oder die Betheiligten rechtsgiltig darauf Verzicht leisten, pupillarmäßig versichert werden (§. 158 des Pat. v. 9. August 1854, Nr. 208 des R. G. Bl.)[4]).

---

[1]) Deßhalb bedient sich der §. 710 des Ausdruckes: der „Belastete."

[2]) Der §. 709 setzt zwar den Auftrag einer auflösenden Bedingung gleich, bei welcher der Verlust des Rechtes nicht auf den Anfall desselben zurückbezogen wird (siehe oben S. 307 d. W.); allein eben in dem Verschulden, welches hier dem Beauftragten zur Last fällt (während dieß bei der auflösenden Bedingung nicht der Fall ist), dürfte doch ein wesentlicher Unterschied gelegen sein. — Anderer Meinung ist Unger, Erbr. S. 85, Anmerkg 2, und Füger, Erbrecht, Bd. 2, S. 254.

[3]) Nippel (Erläut. Bd. 4, S. 416) will die Analogie aus §. 685 zur Anwendung bringen, allein die Fälle scheinen uns durchaus nicht ähnlich zu sein.

[4]) S. die Erläuterung der §§. 817—819 des b. G. B.

6. Wäre die dem Berufenen aufgetragene Handlung unmöglich oder unerlaubt, so ist der Auftrag als nicht beigesetzt anzusehen, denn der §. 709 stellt ihn überhaupt den auflösenden Bedingungen gleich, diese sind aber, wenn unmöglich oder unerlaubt, nach §. 698 eben als nicht beigefügt zu erachten. Hieraus erklärt sich auch die Verfügung des §. 712, wornach in dem Falle, als der Testator seinem Erben ein Legat als Strafandrohung (legatum poenae) auferlegt, wofern er eine unmögliche oder unerlaubte Handlung unterlassen sollte, das Legat als ungiltig erscheint, weil es eigentlich an eine unmögliche oder unerlaubte Bedingung geknüpft ist, die nach §. 698 die betreffende Anordnung unwirksam macht.

§. 713.

Von Aufhebung der Anordnungen, und zwar: 1) durch Errichtung einer neuen Anordnung; eines Testamentes;

Ein früheres Testament wird durch ein späteres giltiges Testament nicht nur in Rücksicht der Erbeseinsetzung, sondern auch in Rücksicht der übrigen Anordnungen aufgehoben; dafern der Erblasser in dem letzteren nicht deutlich zu erkennen gibt, daß das frühere ganz oder zum Theil bestehen solle. Diese Vorschrift gilt auch dann, wenn in dem späteren Testamente der Erbe nur zu einem Theile der Erbschaft berufen wird. Der übrig bleibende Theil fällt nicht den in dem früheren Testamente eingesetzten, sondern den gesetzlichen Erben zu.

1. Es ist bereits oben (S. 161 d. W.) bemerkt worden, daß zum Wesen der Erklärung eines letzten Willens auch die Widerruflichkeit desselben gehört, und es wird hieran selbst durch eine entgegenstehende Verfügung des Testators nicht geändert [1]). Der Widerruf im weiteren Sinne kann nun auf eine zweifache Art geschehen, indem nämlich zugleich eine neue Verfügung an die Stelle der älteren gesetzt wird (§§. 713 bis 716), oder ohne eine neue Anordnung zu errichten (Widerruf im engeren Sinne, §§. 717—725).

2. Schon der Ausdruck „letzter Wille" u. dgl. deutet darauf hin, daß die in der gehörigen Weise ausgesprochene Verfügung des Testators über seinen Nachlaß nur dann gelten könne, wenn sie sich wirklich als sein letzter Wille darstellt, d. h. als derjenige, den er noch im Momente seines Todes hatte (s. oben S. 161 d. W.); es ist also natürlich, daß eine spätere Anordnung des Erblassers auf die früheren Bestimmungen desselben einen modificirenden Einfluß zu üben allerdings geeignet sei; nur kömmt hier zuvörderst zwischen einem Testamente (§. 713) und einem Codicille (§. 714) zu unterscheiden.

3. Ein späteres Testament hebt nämlich in der Regel das frühere nicht nur in Rücksicht der Erbseinsetzung, sondern auch in Rücksicht der übrigen Anordnungen auf, ohne Unterschied ob beide Anordnungen neben einander bestehen könnten [2]) oder nicht, denn wer ein Testament errichtet, von dem ist zu vermuthen, daß er die Absicht habe, über sein ganzes Vermögen zu verfügen (§§. 552 und 554), so daß es entweder einzig und allein an den eingesetzten Erben, oder wenn er diesem ausdrücklich nur einen bestimmten Erbtheil zugedacht, hinsichtlich des Ueberrestes an die gesetzlichen Erben gelange. Hieraus erklärt sich die Schlußverfügung des §. 713, welche mit §. 554 im vollkommenen Einklange steht.

4. Ob auch ein früheres Codicill durch ein späteres Testament aufgehoben werde, ist unter den Commentatoren streitig. Zeiller (Comment. Bd. 2, S. 690), Nippel (Erläut. Bd. 4, S. 424) und Füger (Erbr. Bd. 2, S. 297) sprechen sich für die verneinende, Winiwarter (bürgl. Recht, Bd. 3, S. 257) für die bejahende

---

[1]) Der §. 716 sagt ausdrücklich: der in einem Testamente oder Codicille angehängte Beisatz, daß jede spätere Anordnung überhaupt null und nichtig sein solle, hindere den Erblasser nicht, seinen letzten Willen zu verändern.

[2]) Wie wenn z. B. in dem ersten Testamente A zu $^2/_3$ und in dem zweiten B zu $^1/_3$ des Nachlasses berufen wäre.

Ansicht aus[1]). Letztere scheint auch uns die richtigere zu sein, da nach §. 713 ein späteres Testament nicht nur eine frühere Erbseinsetzung, sondern auch alle übrigen Anordnungen „außer Kraft" setzt, und es hierbei doch gleichgiltig sein dürfte, ob sie neben einer Erbseinsetzung in einem früheren Testamente, oder für sich, als Codicill, bestanden[2]).

5. Damit aber ein späteres Testament die hier in Frage stehende Wirkung äußern könne, so muß es selbst giltig (§. 713 im Eingange), d. h. mit allen innern und äußern Erforderniſſen versehen sein, welche das Gesetz als wesentlich vorschreibt. Würde es dagegen an einem derselben ermangeln, hätte z. B. der Erblasser die Abfassung eines neuen Testamentes erst begonnen, aber nicht vollendet, oder beruhte dasselbe einzig und allein auf einem irrigen Beweggrunde (§. 572), so würde dadurch das frühere Testament nicht entkräftet. Dagegen äußert ein an und für sich giltiges Testament diese Wirkung allerdings, wenn auch einzelne Anordnungen desselben ungiltig wären (z. B. weil die Vorsicht des §. 594 nicht beobachtet wurde), oder wenn es bloß deßhalb unwirksam wurde, weil der eingesetzte Erbe hinweggefallen ist, oder die ihm zugedachte Erbschaft ausgeschlagen hat. Ebenso ist es auch gleichgiltig, in welcher Form das spätere Testament errichtet wurde, so daß ein schriftliches durch ein mündliches eben so gut als umgekehrt ein mündliches durch ein schriftliches, und ingleichen ein nicht privilegirtes durch ein privilegirtes aufgehoben werden kann.

6. Eine Ausnahme von den bisher erörterten Grundsätzen findet dann statt, wenn der Erblasser in dem späteren Testamente deutlich zu erkennen gibt, daß das frühere ganz oder zum Theile bestehen solle[3]). Dieß kann sowohl ausdrücklich als stillschweigend geschehen; z. B. wenn es in dem zweiten Testamente hieße: zu meinem Erben ernenne ich auch den B; oder: den übrigen Theil meines Nachlasses soll der B erhalten[4]). Könnten beide Anordnungen nicht vollständig erfüllt werden (z. B. wenn in dem ersten Testamente A zu $^3/_4$ des Nachlasses berufen, in dem zweiten unter Bestätigung des früheren B zur Hälfte zum Erben eingesetzt wäre), so müßte der Wille des Testators nach den über das Ganze erklärten Verhältnissen auf das möglichste zur Ausführung gelangen, also im obigen Beispiele A $^3/_5$ und B $^2/_5$ des Nachlasses erhalten (s. §. 558 und oben S. 165 d. W.).

§. 714.

[Aufhebung einer letztw. Anordnung durch Errichtung eines neuen] Codicilles;

Durch ein späteres Codicill, deren mehrere neben einander bestehen können, werden frühere Vermächtnisse oder Codicille nur in so fern aufgehoben, als sie mit demselben im Widerspruche stehen.

1. Ein Codicill ist eine Verfügung, welche keine Erbseinsetzung, sondern lediglich andere Verfügungen (über einzelne Verlassenschaftsstücke oder darauf sich beziehende Rechte) enthält (§§. 535 und 553). Durch ein späteres Codicill wird daher in der Regel weder ein früheres Testament (in welchem sich Vermächtnisse angeordnet finden), noch ein derartiges Codicill aufgehoben, sondern beide vielmehr als nebeneinander bestehend zur Anwendung gebracht[5]).

2. Das Gegentheil fände statt, wenn es der Erblasser ausdrücklich angeordnet hätte, oder wenn die Aenderung seines Willens stillschweigend daraus erhellte,

---

[1]) Vgl. den Civilrechtsfall in der allg. österr Ger. Ztg. J. 1858, Nr. 102, und in Glaser's und Unger's Sammlg. Nr. 335 und die dort angeführte Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 5 Mai 1857, Z. 2963, welche sich im verneinenden Sinne ausspricht, wie eine andere Entscheidung v. 16. Jänner 1851, Z. 7213, in Nr. 140 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1855.

[2]) Derselben Ansicht ist Unger, Erbr. S. 271, Anmerkg. 7.

[3]) Vgl. den in Nr. 125 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1858 mitgetheilten Rechtsfall und die über denselben erflossene Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 6. April 1858, Z. 2552.

[4]) Vgl. den S. 193 d. W. in der Anmerkg. 1 mitgetheilten Rechtsfall.

[5]) Vgl. den in Nr. 63 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1857 mitgetheilten Rechtsfall und die in demselben erflossene Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 30. Jänner 1857, Z. 328.

daß die spätere Anordnung mit der früheren im Widerspruche steht [1]), wie wenn z. B. die nämliche individuell bestimmte Sache zwei verschiedenen Personen legirt wäre, oder wenn in dem früheren Testamente A den Fruchtgenuß eines Landgutes erhalten hätte, während dasselbe in dem späteren Codicille dem B in das volle und uneingeschränkte Eigenthum überlassen wurde [2]). So lange sich dagegen beide Anordnungen mit einander vereinigen lassen, ist kein Grund vorhanden, die frühere als aufgehoben zu betrachten. Dieß wäre z. B. der Fall, wenn in beiden Codicillen demselben Legatare die nämliche Summe zugedacht worden wäre, welche ihm sonach doppelt gebühren würde.

3. Jedenfalls kann von der Aufhebung einer früheren Anordnung durch ein späteres Codicill nur dann die Rede sein, wenn letzteres überhaupt giltig ist (s. S. 318 d. W.).

§. 715.

Kann man nicht entscheiden, welches Testament oder Codicill das spätere sei, so gelten, in so fern sie neben einander bestehen können, beide, und es kommen die im Hauptstücke von der Gemeinschaft des Eigenthumes aufgestellten Vorschriften zur Anwendung.

1. Da die Beisetzung des Datums nach §. 578 zur Giltigkeit einer letzten Willenserklärung nicht nothwendig ist, so kann, wenn nach dem Tode des Erblassers mehrere Testamente oder Codicille vorgefunden werden, leicht der Zweifel entstehen, welches das spätere sei; ja dieß wäre auch dann möglich, wenn die mehreren letztwilligen Anordnungen das gleiche Datum enthielten. Vorerst müßte nun versucht werden, ob sich nicht aus anderweitigen Nebenumständen (z. B. aus dem Orte der Errichtung, aus der Handschrift des Verfassers, aus den Aussagen der beigezogenen Zeugen, aus der Bezugnahme auf Sachen, die der Erblasser bekanntermaßen erst zu einer bestimmten Zeit erworben hat u. dgl.) das Alter der verschiedenen Testamente oder Codicille ermitteln lasse. Ist dieß der Fall, so bleibt es bei den eben erörterten Bestimmungen.

2. Zeigt sich aber dieses Bemühen fruchtlos, so gelten beide letztwilligen Anordnungen, weil die Aufhebung der einen durch die andere (nach §. 713) eben voraussetzen würde, daß sich das Alter derselben erweisen ließe. Können sie nun ohne weiteres vereint zur Anwendung gebracht werden (z. B. weil in jedem Testamente nur über einen Theil des Nachlasses verfügt wurde), so hat es dabei sein Bewenden. Entstehen Collisionen, so gelten die Bestimmungen über die Gemeinschaft des Eigenthumes, welche in dem 16. Hauptstücke des II. Theiles des b. G. B. enthalten sind, darunter namentlich auch die Verfügung des §. 839, vermöge welcher im Zweifel die Antheile mehrerer Theilhaber an einer gemeinschaftlichen Sache als gleich groß anzusehen sind. Bei collidirenden Erbseinsetzungen werden die Vorschriften des §. 558 ausreichen; Sachen und Rechte aber, welche verschiedenen Vermächtnißnehmern zugedacht sind, werden denselben gemein (§. 825); concurriren endlich Legatare mit Erben, so meint Winiwarter (bgl. Recht Bd. 3, S. 259), daß zuerst (nach §. 690) die Vermächtnisse entrichtet werden müssen; allein dieß scheint hier nicht anzugehen, weil der oberwähnte §. offenbar voraussetzt, daß die Erbseinsetzung und die Vermächtnisse in derselben Anordnung (oder doch wenigstens in einem Testamente und in einem neben demselben bestehenden Codicille) enthalten sind. In unserem Falle entspringt aber die Collision zwischen Erben und Legataren nicht unmittelbar aus dem Willen des Erblassers, sondern vielmehr daraus, daß mehrere letzte Willenserklärungen, von denen eigentlich nur eine gelten sollte, zugleich zur Anwendung gebracht werden. Es scheint uns also in diesem Falle eine verhältnißmäßige Vertheilung des Nachlasses zwischen den Erben und Legataren

[1]) Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 16. Juli 1852, in Nr. 86 der allg. österr. Ger. Ztg. J. 1853.

[2]) Vgl. den Rechtsfall im Eco dei Tribunali, 1851, p. 380.

Platz greifen zu müssen. Wäre z. B.[1]) in dem einen Testamente A zum Erben eingesetzt und mit Legaten im Betrage von 6000 fl. bebürdet, in dem anderen B als Erbe eingesetzt und dem C ein Betrag von 4000 fl. vermacht worden, der reine Nachlaß betrüge aber nicht mehr als 10.000 fl., und die Legate stünden unter sich in keinem Widerspruche, so würde unseres Erachtens nach den oben S. 165 d. W. entwickelten Grundsätzen vorzugehen sein. Nach dem einen Testamente sollten nämlich A $^4/_{10}$ und die Legatare $^6/_{10}$ des Nachlasses, nach dem anderen B $^6/_{10}$ und C $^4/_{10}$ der Erbschaftsmasse erhalten; diese müßte also nach der Summe der Zähler in 20 Theile getheilt werden, so daß A $^4/_{20}$ (2000 fl.), B $^6/_{20}$ (3000 fl.), C $^4/_{20}$ (2000 fl.) und die übrigen Legatare $^6/_{20}$ (3000 fl.) erhielten, womit der Nachlaß erschöpft ist.

§. 716.

[Aufhebung einer letztw. Anordnung] ungeachtet der früher erklärten Unabänderlichkeit.

Der in einem Testamente oder Codicille angehängte Beisatz: daß jede spätere Anordnung überhaupt, oder wenn sie nicht mit einem bestimmten Merkmale bezeichnet ist, null und nichtig sein solle, verhindert zwar den Erblasser nicht, seinen letzten Willen zu verändern: allein wenn er in der späteren Verordnung den eben angeführten allgemeinen oder besonderen Beisatz nicht ausdrücklich aufhebt, so wird nicht sein späterer, sondern sein früherer Wille für giltig angenommen.

1. Aus einer letztwilligen Anordnung erwächst, so lange der Erblasser noch nicht gestorben ist, niemandem ein Recht auf dessen Nachlaß; er ist also, wie schon oben S. 161 bemerkt wurde, ungeachtet des festesten Vorsatzes oder der feierlichsten Versicherung, daß es fortan bei seiner Erklärung verbleiben solle, nicht gehindert, dieselbe abzuändern, und durch ein späteres Testament oder Codicill außer Wirksamkeit zu setzen[2]). Manchmal geschieht es aber, daß der Testator aus Besorgniß, in der Folge etwa zur Errichtung eines letzten Willens gezwungen zu werden, in einem seinem Testamente oder Codicille angehängten Beisatze (der s. g. clausula cassatoria oder derogatoria) jede spätere Anordnung überhaupt, oder wenn sie nicht mit einem bestimmten Merkmale (z. B. der doppelten Unterschrift) bezeichnet ist, für null und nichtig erklärt. Ist nun die spätere Anordnung mit dem angedeuteten Merkmale versehen (z. B. doppelt unterschrieben), so ist sie ohne Zweifel giltig. Ist dieses aber nicht der Fall, so wird das spätere Testament oder Codicill nicht für giltig angesehen[3]); es wäre denn, daß der Testator in der späteren Verordnung den angedeuteten allgemeinen oder besonderen Beisatz ausdrücklich aufgehoben hätte[4]).

2. Ein anderer Fall ist es, wenn der Erblasser seine letztwillige Anordnung für unwiderruflich erklärt. Dieser Beisatz hindert ihn nicht, die getroffene Verfügung ungeachtet desselben, wieder abzuändern, wofern nur nicht wirklich ein Vertrag (ein Erbvertrag oder eine als Vertrag und nicht bloß als Vermächtniß geltende Schenkung auf den Todesfall) abgeschlossen wurde, und es bedarf hier nicht einmal einer

---

[1]) S. Nippel, Erläut. Bd. 4, S. 429. — Anderer Meinung ist Füger (Erbrecht, Bd. 2, S. 305). Unger (Erbrecht, S. 113, Anmerkg. 16) bezeichnet unsere Behauptung als willkürlich und verkünstelt, und meint, daß die in den beiden Testamenten oder in einem derselben angeordneten Vermächtnisse von den Erben gemeinschaftlich zu tragen sind.

[2]) S. Zeiller, Comment. Bd. 2, S. 695.

[3]) Das Gesetz sagt: „so wird nicht sein späterer, sondern sein früherer Wille für giltig angenommen."

[4]) S. die Entschd. des obersten Gerichtshofes v. 8. April 1856, Z. 2844, in der allg. österr. Ger. Ztg. J. 1856, Nr. 81. Dagegen ist die in einem späteren Testamente enthaltene Erklärung, daß es als das allein giltige, oder daß jedes andere als ungiltig zu betrachten sei, für sich allein nicht genügend, um jene Vermuthung zu entkräften; es müßte also, wofern nicht aus andern Umständen offenbar das Gegentheil hervorgeht, der frühere, mit der (nicht ausdrücklich aufgehobenen) derogatorischen Clausel versehene letzte Wille für giltig angenommen werden. S. die Entscheidungen des obersten Gerichtsh. v. 19. Decemb. 1855, Z. 10872, und v. 26. November 1856, Z. 9447, in Glaser's und Unger's Sammlg. Nr. 147 und 239. Ebensowenig würde eine spätere Anordnung als giltig betrachtet werden können, welche nicht genau jene Merkmale enthält, welche der Erblasser selbst als Bedingung der Giltigkeit für jede künftige Erklärung seines letzten Willens vorgezeichnet hat. So hatte in einem in Glaser's und Unger's Sammlg. unter Nr. 161 mitgetheilten Rechtsfalle der Testator bestimmt, daß jede spätere testamentarische Anordnung ungiltig sein solle, welche nicht mit den Worten endiget: Jesu &c. Der oberste Gerichtshof erkannte mit Entscheidung v. 19. Februar 1856, Z. 1388, ein später errichtetes Codicill für ungiltig, weil in demselben die derogatorische Clausel nicht widerrufen, sondern lediglich erwähnt war, und zwar so, daß sie nicht am Ende, sondern nur im Contexte des Aufsatzes, am Eingange desselben nebenher angeführt erschien.

ausdrücklichen Aufhebung des früher gemachten Beisatzes, weil die Widerruflichkeit in der Natur der letztwilligen Anordnungen liegt [1]).

§. 717.

[Aufhebung einer letztw. Anordnung] 2) durch Widerruf.

Will der Erblasser seine Anordnung aufheben, ohne eine neue zu errichten, so muß er sie ausdrücklich entweder mündlich oder schriftlich widerrufen, oder die Urkunde vertilgen.

1. Der Widerruf im engeren Sinne findet dann statt, wenn der Erblasser seine letztwillige Anordnung aufhebt, ohne eine neue an deren Stelle zu setzen. Dieß kann durch eine ausdrückliche Erklärung (§. 719), oder stillschweigend [2]) durch concludente Handlungen (§§. 721, 722, 724 und 725) geschehen [3]).

2. Die Folge eines solchen Widerrufes ist, daß der Nachlaß (das Vermächtniß) an jene Personen gelangt, welche ihn erhalten haben würden, wenn die widerrufene Anordnung gar nicht getroffen worden wäre. Wird also eine Erbseinsetzung widerrufen, so fällt der Nachlaß an die gesetzlichen Erben oder an die in einem früheren unversehrt gelassenen Testamente dazu berufenen (§. 723); der Widerruf eines Vermächtnisses aber bewirkt, daß die vermachte Sache bei dem Onerirten bleibt; der Widerruf eines Auftrages oder einer fideicommissarischen Substitution hat endlich die Wirkung, das eingeschränkte Recht des Belasteten in ein unbeschränktes zu verwandeln.

§. 718.

Der Widerruf kann nur in einem solchen Zustande giltig geschehen, worin man einen letzten Willen zu erklären fähig ist. Ein gerichtlich erklärter Verschwender kann seinen letzten Willen giltig widerrufen.

1. Der Widerruf einer letztwilligen Anordnung ist im Grunde nichts anderes als eine neue Erklärung des letzten Willens; es ist also natürlich, daß er nur in einem solchen Zustande geschehen kann, in welchem man überhaupt fähig ist, einen letzten Willen zu errichten (§§. 566—574). Dieß gilt insbesondere auch von einem zur Todesstrafe oder zur schweren Kerkerstrafe verurtheilten Verbrecher (§. 574). [4])

2. Eine Ausnahme findet bloß in Ansehung eines gerichtlich erklärten Verschwenders statt; denn die Beschränkung des §. 568 hat lediglich den Zweck, zu verhüten, daß solche Personen gegen ihre Angehörigen, welche sich durch das Ansuchen um die Prodigalitätserklärung wahrscheinlich deren Abneigung zugezogen haben, ungerecht oder doch sehr unbillig verfahren (s. oben S. 174 d. W.); der Widerruf bewirkt aber in der Regel, daß der ganze Nachlaß an die gesetzlichen Erben gelangt; der oben angedeutete Zweck wird also dadurch nur um so vollkommener erreicht. Hieraus scheint aber die weitere Folge hervorzugehen, daß ein solcher Widerruf dann nicht statthaft wäre, wenn er darauf abzielte, einem früheren, vor der Prodiga-

---

[1]) S. die Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 13. Februar 1855, Z. 700, in Glaser's und Unger's Sammlg. Nr. 72.

[2]) Das Gesetz unterscheidet noch weiter einen stillschweigenden (§§. 721 und 722) und einen vermutheten Widerruf (§§. 724 und 725), allein beide fallen eigentlich zusammen.

[3]) T hatte in seinem Testamente unter anderem folgende Anordnung getroffen: „Meinem Verwalter H, im Falle derselbe des aufhabenden Dienstes enthoben wird, vermache ich letztwillig 100 fl., seiner Ehegattin M 80 fl. als jährliche lebenslängliche Pension ebenfalls nach ihrer Dienstentlassung." Bei dem bezüglichen Satze war am Rande des Testamentes von der Hand des Testators die Bemerkung: „in suspenso" niedergeschrieben. Der oberste Gerichtshof erkannte nichtsdestoweniger (unter dem 26. Oct. 1858, Z. 11389, in Nr. 19 der Ger. Halle v. J. 1860) auf Giltigkeit des Legates, da in der Randglosse „in suspenso" keine unzweideutige Ausschließung der M wahrzunehmen sei, diese Randbemerkung vielmehr mit der späteren Bestimmung eines höheren Pensionsbetrages für H in Verbindung stehe, und dieses Sachverhältniß die aus der Oertlichkeit der Anmerkung „in suspenso" zu ziehende Folgerung unterstütze, daß es nicht die Absicht des Erblassers gewesen sei, die testamentarische Begünstigung der M deßhalb in Frage zu stellen, weil er ihren Gatten H einer höheren Belohnung würdig fand.

[4]) S. Graßl: Einige Bemerkungen vom „stillschweigenden Widerrufe einer letztwilligen Anordnung mit Anwendung auf einen praktischen Fall" (Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1833, I., S. 36).

litätserklärung zu Gunsten fremder Personen errichteten letzten Willen (nach §. 723) wieder Giltigkeit zu verschaffen.

§. 719.

a) [Widerruf] ausdrücklicher;

Ein mündlicher Widerruf einer gerichtlichen oder außergerichtlichen letzten Anordnung erfordert so viele und solche Zeugen, als zur Giltigkeit eines mündlichen Testamentes nöthig sind; ein schriftlicher aber, eine von dem Erblasser eigenhändig geschriebene und unterschriebene, oder wenigstens von ihm und den zu einem schriftlichen Testamente erforderlichen Zeugen unterfertigte Erklärung.

Was die Form des ausdrücklichen Widerrufes anbelangt, so stimmt dieselbe ganz mit den Formen einer letzten Willenserklärung überhaupt überein, und es kömmt nur insbesondere hervorzuheben, daß der Erblasser durchaus nicht an die nämliche Form gebunden erscheint, welche er bei der widerrufenen Anordnung beobachtet hat. Es kann demnach eine gerichtliche letzte Willenserklärung durch einen außergerichtlichen Widerruf, ein schriftliches Testament durch eine mündliche Erklärung und umgekehrt entkräftet werden; ja, wenn sich der Erblasser zur Zeit, als der Widerruf geschehen soll, in einem der in den §§. 597—600 angegebenen Verhältnisse befindet, ist er bei seiner Widerrufserklärung nur an die minderen Förmlichkeiten der genannten §§. gebunden, wenngleich die aufzuhebende Anordnung nicht zu den begünstigten gehörte; dagegen bedarf es zum Widerrufe einer solchen begünstigten letzten Anordnung der Beobachtung aller sonst vorgeschriebenen Erfordernisse, wenn zur Zeit desselben die betreffenden Umstände, welche eine derartige Begünstigung herbeiführten, schon wieder hinweggefallen sind.

Ueber den Widerruf einer vor dem Notare errichteten letzten Willenserklärung s. den §. 75 der Notariatsordnung, oben S. 200.

§. 720.

Eine Anordnung des Erblassers, wodurch er dem Erben oder Legatar unter angedrohter Entziehung eines Vortheiles verbietet, den letzten Willen zu bestreiten, soll für den Fall, daß nur die Echtheit oder der Sinn der Erklärung angefochten wird, nie von einer Wirkung sein.

1. Der vorstehende §. setzt voraus, daß jemand zum Erben eingesetzt, oder mit einem Legate bedacht, zugleich aber die Bedingung beigefügt sei, daß er, bei sonstigem Verluste des ihm zugewendeten Vortheiles, den letzten Willen nicht bestreiten solle. Diese Bedingung ist offenbar als eine auflösende anzusehen, und hat also (insofern sie nicht unerlaubt ist, oder sonst eine gesetzliche Ausnahme Platz greift) die Wirkung, daß der Erbe oder Legatar, wenn er sie nicht erfüllt, des ihm zugedachten Rechtes verlustig wird (§. 696). Bestreitet also der Bedachte den letzten Willen, so verliert er in der Regel den ihm zugewendeten Vortheil, weil er die Bedingung nicht erfüllt hat, ein von einer möglichen und erlaubten Bedingung abhängiges Recht aber (nach §. 699) nur durch die genaue Erfüllung derselben erworben (und erhalten) werden kann. Es ist in dieser Beziehung gleichgiltig, ob der Erbe oder Legatar in dem Bestreitungsprocesse obgesiegt hat oder nicht, da das Gesetz nicht weiter unterscheidet [1]). In anderer Hinsicht treten freilich in dem einen wie in dem andern Falle ganz verschiedene Wirkungen ein. Wird nämlich in Folge der vorgenommenen Bestreitung das Testament in der That für ungiltig erkannt, so muß die Intestaterbfolge Platz greifen, und der Bestreitende wird dann, wenn er zugleich auch gesetzlicher Erbe ist, aus seiner Bestreitung allerdings Vortheil ziehen, während er, im Falle gegen ihn entschieden wird, auch seines testamentarischen Erbtheiles verlustig geht.

2. Eine letztwillige Anordnung bestreiten, heißt überhaupt die Giltigkeit

---

[1]) Anderer Meinung ist Winiwarter, bürg. Recht, Bd. 3, S. 263.

derselben anfechten [1]); dieß kann nun dadurch geschehen, daß die Unfähigkeit des Erblassers, zu testiren (aus einem der Gründe der §§. 566 bis 574), oder daß ein Mangel der äußeren Form (nach §§. 587—601) behauptet wird; es ist aber auch noch außerdem als eine Bestreitung anzusehen, wenn die Erbfähigkeit eines Erben oder Legatars geläugnet, oder die Gesetzmäßigkeit anderer vom Erblasser getroffenen Verfügungen, z. B. der Ausmessung des Pflichttheils, oder der Anrechnung zu demselben, angegriffen wird, weil jede solche Behauptung die Ungiltigkeit wenigstens der bezüglichen Anordnung zur Folge haben kann. Im allgemeinen wird also der eingesetzte Erbe oder Legatar, dem die Bestreitung des letzten Willens verboten wurde, durch eine wie die andere der oberwähnten Handlungen den ihm zugedachten Vortheil verwirken.

3. Eine Ausnahme hiervon tritt

a) nach dem ausdrücklichen Inhalte des §. 720 dann ein, wenn nur die Echtheit oder der Sinn der letztwilligen Erklärung angefochten wurde; denn durch eine solche Bestreitung wird dem Willen des Erblassers nicht entgegen gehandelt; der Bestreitende ist vielmehr bestrebt, den wahren Willen des Verblichenen gegen die beabsichtigte Unterschiebung einer anderen Anordnung, oder gegen eine unrichtige Auslegung derselben aufrecht zu erhalten [2]), und es ist hier von keinem Einflusse, ob der Bestreitende auslangt oder nicht; da der §. 720 ausdrücklich bestimmt, eine solche Bestreitung sei nie von Wirkung.

b) Eine zweite Ausnahme müßte dann Platz greifen, wenn die beigefügte Bedingung sich als unerlaubt darstellte. Wir können aber die Ansicht Nippel's (Erläut. Bd. 4, S. 437 und 438) und Winiwarter's (bürgl. Recht, Bd. 3, S. 263) nicht theilen, wenn diese Schriftsteller behaupten, die Verfügung des Erblassers sei dann unerlaubt, wenn er dadurch bewirken wollte, daß gegen die Erbfähigkeit eines unbefugt Ausgewanderten, oder einer Person, mit welcher er einen Ehebruch begangen hat, nichts eingewendet werde, weil es nicht gestattet sein könne, jemandem eine Handlung zu verbieten, welche die Beförderung des öffentlichen Interesses zur Folge hat. Hier scheint uns der Begriff einer unerlaubten Bedingung nicht richtig aufgefaßt zu sein. Als eine solche haben wir oben (S. 306 d. W.) nur jene Bedingung erkannt, durch welche eine unerlaubte Handlung des Bedachten herbeigeführt werden soll. Die Nichtbestreitung eines letzten Willens aus einem der oben angeführten Gründe ist aber noch durchaus keine unerlaubte Handlung, da das Gesetz nirgends dem Erben oder Legatare und überhaupt niemandem die Pflicht auferlegt, in solchem Falle mit einer Bestreitung aufzutreten [3]).

4. Der in Frage stehende Verlust kann übrigens nur denjenigen Vortheil treffen, welcher dem Bestreitenden lediglich auf Grundlage der letztwilligen Anordnung und nicht schon vermöge des Gesetzes gebührt, wie dieß bei dem Pflichttheile der Fall ist, der nach §. 774 von jeder Bedingung oder Belastung frei bleiben muß. Der Notherbe kann also ungeachtet der vorgenommenen Bestreitung des letzten Willens, und abgesehen von einer entgegenstehenden Verfügung des Testators, doch jedenfalls den ihm gebührenden Pflichttheil für sich in Anspruch nehmen.

§. 721.

[Widerruf] b) stillschweigender.

Wer in seinem Testamente oder Codicille die Unterschrift durchschneidet, sie durch-

---

[1]) Vgl. die Bedeutung der Worte „bestreiten," „Bestreitung" in den §§. 95, 96, 158, 159, 1060, 1213, 1450 und 1487 des b. G. B.

[2]) S. Winiwarter, bürg. Recht, Bd. 3, S. 264. Mit vollem Grunde tritt der Verfasser (ebd.) der Behauptung Nippel's (Erläut. Bd. 4, S. 439) entgegen, daß es auch als eine Bestreitung der Echtheit des letzten Willens anzusehen sei, wenn die Giltigkeit desselben wegen Mangels der gesetzlichen Förmlichkeiten angefochten wird, weil eine Erklärung, in welcher die vorgeschriebenen Förmlichkeiten nicht beobachtet wurden, nichtsdestoweniger echt, und der Bestreitende sogar von ihrer Echtheit vollkommen überzeugt sein kann. In diesem Sinne erfloß auch die Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 20. Juni 1861, Z. 8558, in dem in Nr. 28 der allg. österr. Ger. Ztg. vom J. 1862 mitgetheilten Rechtsfalle.

[3]) Derselben Ansicht ist Unger, Erbrecht, S. 87, Anmerkg. 7.

streicht, oder den ganzen Inhalt auslöscht, vertilgt es. Wenn von mehreren gleichlautenden Urkunden nur eine vertilgt worden, so kann man daraus auf keinen Widerruf schließen.

§. 722.

Sind die gedachten Verletzungen der Urkunde nur zufällig geschehen; oder, ist die Urkunde in Verlust gerathen; so verliert der letzte Wille seine Wirkung nicht, wenn anders der Zufall durch die in der Gerichtsordnung bestimmten Beweisarten, und der Inhalt der Urkunde auf die Art erwiesen wird, wie eine mündliche letzte Anordnung erwiesen werden muß.

1. Ein stillschweigender Widerruf einer letztwilligen Anordnung wird aus solchen Handlungen des Erblassers erschlossen, welche keinen vernünftigen Grund, an seiner geänderten Willensmeinung zu zweifeln, übrig lassen (§. 863). Hierunter gehört zuvörderst ein Vertilgen der Urkunde, welche den schriftlich abgefaßten letzten Willen des Testators enthält, durch Zerreißen, Zerschneiden, Verbrennen u. dgl., sowie durch Auslöschen, Durchstreichen, Ausringeln [1]), Ueberschreiben des Inhaltes. Diesen Handlungen wird das Durchschneiden und Durchstreichen der Unterschrift (oder des Handzeichens) des Testators gleichgehalten, weil die Unterfertigung ein nothwendiges Erforderniß eines schriftlichen Testamentes oder Codicilles ist (§§. 578, 579 und 580). Die bloße Durchschneidung oder Ablösung des Siegels dagegen, welches nirgends zur Giltigkeit einer letzten Willenserklärung gefordert wird (vgl. §. 884), oder die Verletzung der Zeugenunterschriften (wo diese nicht, wie in den Fällen der §§. 579—581, zu den wesentlichen Förmlichkeiten eines Testamentes gehören) würde die gedachte Wirkung nicht hervorbringen. Ebenso kann auch daraus, daß von mehreren gleichlautenden Urkunden nur Eine vertilgt wurde, nicht auf einen Widerruf geschlossen werden, da die Ausfertigung mehrerer Exemplare nur eine Vorsicht ist, welche nicht nothwendigerweise beobachtet zu werden braucht. — Eine theilweise Vernichtung zieht nur die Aufhebung der davon betroffenen Anordnungen nach sich; die übrigen unversehrt gelassenen bleiben in voller Kraft. — Auf mündliche letztwillige Anordnungen ist diese Art des Widerrufes gar nicht anwendbar, denn würde auch die von den Zeugen vorgenommene oder veranlaßte Aufzeichnung des letzten Willens in der Folge wieder vernichtet, so schadet dieß der Giltigkeit der mündlichen letzten Anordnung nicht, da dieselbe eigentlich dem Gedächtnisse der Zeugen anvertraut ist (S. 194 d. W.) und die Aufzeichnung bloß zur leichtern Erinnerung dient (§. 585).

2. Sollen die unter Zahl 1 angedeuteten Handlungen wirklich einen Rückschluß auf den geänderten Willen des Erblassers gestatten, so müssen sie zuvörderst in einem Zustande geschehen sein, in welchem der Testator einen letzten Willen zu erklären fähig war (§. 718), denn der Widerruf einer letztwilligen Anordnung überhaupt ist, wie schon oben S. 321 d. W. angedeutet wurde, einer neuen Erklärung des letzten Willens gleich zu achten [2]).

3. Weiters ist nothwendig, daß die fragliche Handlung von dem Testator selbst, oder in seinem Auftrage von einem andern, aber wissentlich, und in der Absicht unternommen wurde, dadurch dem letzten Willen seine Kraft zu entziehen [3]). Ist also die gedachte Verletzung zwar von dem Erblasser selbst, aber nicht in der oben angedeuteten Absicht, sondern z. B. aus Irrthum, weil er die Urkunde für ein werthloses Papier hielt, oder von einem dritten, ohne Wissen und Willen des Testators vorgenommen worden, oder ist sie aus Zufall (im engeren Sinne des §. 1294,

---

[1]) Vgl. den im Juristen, Bd. 5, S. 386, von Dr. A. Fuchs mitgetheilten Rechtsfall; insbesondere die Anmerkg. * auf S. 386.

[2]) S. den oben S. 321 angeführten Aufsatz von Graßl: Der demselben zum Grunde liegende Rechtsfall bestand darin, daß ein zum schweren Kerker verurtheilter Verbrecher sich sein früher verfertigtes Testament zu verschaffen wußte, und es nun im Kerker vertilgte. Mit Recht entscheidet der Verfasser, daß dieser Act von keiner rechtlichen Wirkung sei.

[3]) Graßl, a. a. O. S. 36.

z. B. bei einer Feuersbrunst, einer Ueberschwemmung u. dgl.) geschehen, so verliert der letzte Wille seine Wirkung nicht.

4. Damit derselbe aber geltend gemacht werden könne, muß der Inhalt der Urkunde noch zu lesen sein (wie wenn das Testament bloß durchstrichen, durchschnitten oder so ausgeringelt wurde, daß sich das Ausgeringelte noch lesen läßt), oder auf eine andere Art erwiesen werden könne (wenn z. B. die Urkunde abhanden gekommen, verbrannt, oder sonst ganz unleserlich geworden ist). Nach unserem Gesetze genügt aber dießfalls nicht jeder gerichtsordnungsmäßige Beweis, sondern dieser muß auf eine solche Art hergestellt werden, wie eine mündliche letzte Anordnung erwiesen werden muß (§. 722); hierzu ist aber nach §. 586 erforderlich, daß ihr Inhalt „durch die übereinstimmende eidliche Aussage der drei Zeugen, oder, wofern einer aus ihnen nicht mehr vernommen werden kann, wenigstens der zwei übrigen bestätiget werde." Aus dem Zusammenhange dieses §. mit dem vorhergehenden §. 585 erhellt, daß unter den zu vernehmenden Zeugen nur jene zu verstehen sind, welche zur Errichtung des letzten Willens beigezogen wurden. Dieß muß daher auch in Ansehung des hier in Frage stehenden Beweises gelten [1]. Sollten die Zeugen nicht im Stande sein, alle Verfügungen des Testators anzugeben, so meint Nippel (Erläut. B. 4, S. 443), daß kein Theil der letzten Anordnung in Wirksamkeit treten könne, weil sonst Personen Vortheile zugewendet würden, die vielleicht gar nicht in der Absicht des Testators lagen. Wir glauben jedoch, daß die Ansicht Winiwarter's (bürgl. Recht, Bd. 3, S. 268) den Vorzug verdiene, vermöge welcher die erwiesenen Anordnungen jedenfalls zur Ausführung kommen müssen, indem hierfür die Analogie aus den §§. 558, 710 und 726 zu sprechen scheint.

5. Sollte ein Zweifel darüber entstehen, ob die in Frage stehende Verletzung eines Testamentes oder Codicilles absichtlich geschehen sei oder vom Zufalle herrühre, so wird nach unserem Gesetze (§. 722) das erstere anzunehmen sein, da allerdings vorauszusetzen ist, daß der Erblasser hinreichende Sorge für die sichere Aufbewahrung und Erhaltung seines letzten Willens getragen habe. Derjenige, der eine zufällige Verletzung behauptet, muß also nach dem ausdrücklichen Inhalte des §. 722 den Zufall erweisen; doch genügen hier die allgemeinen, in der Gerichtsordnung bestimmten Beweisarten (also z. B. die Aussage zweier Zeugen, der Haupteid u. dgl.) [2].

6. Die bisher erörterten Grundsätze gelten auch von gerichtlichen und notariellen Testamenten (s. oben S. 197 d. W.), da das Gesetz in Ansehung derselben nichts besonderes verfügt. Nur dürfte hier die Vermuthung dafür streiten, daß die Verletzung oder gänzliche Vernichtung der Urkunde (des Protokolles) ohne Absicht des Testators — also durch Zufall in dem oben angedeuteten Sinne — geschehen sei, weil dem Erblasser selbst auf die Gerichts- oder Notariatsacten keine solche Einwirkung gestattet ist, wie sie der §. 723 voraussetzt; vielmehr die Gerichtsbehörden (§. 232 des Patentes vom 3. Mai 1853, Nr. 81 des R. G. Bl.), sowie die Notare (§. 110 der Not. O. v. 25. Juli 1871, Nr. 75 R. G. Bl.), verpflichtet sind, für die sichere Aufbewahrung derselben möglichst Sorge zu tragen.

---

[1]) S. Graßl, a. a. O. S. 42. — Winiwarter (bürgl. Recht, Bd. 3, S. 267). — Nippel (Erläut. Bd. 4, S. 441) meint, daß die Aussage von was immer für drei Zeugen, welche den Inhalt des letzten Willens kennen, genüge, wenn sie auch nicht bei der Errichtung desselben gegenwärtig waren; allein der im §. 586 gebrauchte Ausdruck „der drei Zeugen" (nicht „dreier Zeugen") steht dieser Auslegung offenbar entgegen, und der Einwurf, daß der Inhalt eines von dem Testator eigenhändig geschriebenen und unterschriebenen Testamentes (§. 578) oder eines solchen letzten Willens, dessen Inhalt die Zeugen nach §. 579 zu wissen nicht nöthig hatten, auf diese Art gar nicht erwiesen werden könnte, ist von keinem Gewichte, da es allerdings nicht die Absicht des Gesetzgebers sein konnte, den in Frage stehenden Beweis zu erleichtern. Hieraus erklärt sich auch, wie Winiwarter (a. a. O.) ganz richtig bemerkt, warum das Gesetz von dem Beweise, daß die vertilgte Anordnung die zu einem letzten Willen nöthigen Erfordernisse gehabt habe, nicht besondere Erwähnung macht; denn ist einmal erwiesen, daß eine Erklärung des letzten Willens vorhanden war und durch Zufall zu Grunde gegangen ist, so muß rücksichtlich des Inhaltes der Beweis hinreichen, welcher auch sonst für mündliche Anordnungen als hinlänglich angesehen wird. Der Beweis, daß die durch die Zeugen erwiesenen Verfügungen nicht giltig seien, liegt demjenigen ob, welcher sie bestreitet.

[2]) S. die Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 24. Juli 1855, Z. 6743, in Nr. 125 der allg. österr. Ger. Ztg. J. 1855.

Sollte aber der Testator das gerichtlich (oder beim Notare) hinterlegte Testament wieder zurückgenommen haben (s. oben S. 199, 200 d. W.), so muß dieses ebenfalls aus den gerichtlichen (Notariats-) Acten zu ersehen sein; denn nach §. 235 des o. a. Pat. v. 3. Mai 1853 darf einer Partei aus der Registratur keine Urkunde anders, als über gerichtlichen Auftrag ausgefolgt werden, und nach §. 236 ebd. ist kein Actenstück ohne Empfangsschein auszufolgen, welcher in dem nämlichen Actenbunde, in dem sich die erhobenen Acten befunden haben, an dem gehörigen Orte beizulegen ist. Ingleichen verfügt der §. 74 der Not. Odg., daß derjenige, der seine letztwillige Anordnung dem Notare übergeben hat, dieselbe zwar allerdings in der Urschrift wieder zurückfordern kann, daß jedoch über eine solche Rückerstattung wieder ein Notariatsact aufzunehmen, und diese auf dem ursprünglichen Notariatsacte anzumerken — außerdem aber auch in dem besonderen Verzeichnisse der noch lebenden Testatoren der bezügliche Name zu streichen ist. Was den Beweis des Inhaltes der verletzten oder abhanden gekommenen Urkunde betrifft, so gelten in Ansehung desselben die oben (S. 325 d. W.) entwickelten Principien. Er kann daher unseres Erachtens nur durch die Aussage der dabei eingeschrittenen Gerichtspersonen (des Notars und der Zeugen) dargethan werden, und diese kommen hier wie andere Zeugen zu behandeln.

7. Der Widerruf einer letztwilligen Anordnung kann endlich auch dadurch erfolgen, daß der Testator das bei Gericht oder beim Notare hinterlegte schriftliche Testament zurücknimmt (s. oben Z. 6), wodurch dasselbe[1]) den öffentlichen Glauben verliert (s. S. 322 d. W.), so daß es nur dann noch Kraft behält, wenn es mit allen Erfordernissen einer außergerichtlichen letzten Willenserklärung versehen ist.

§. 723.

Hat ein Erblasser eine spätere Anordnung vernichtet, die frühere schriftliche Anordnung aber unversehrt gelassen; so kommt die frühere schriftliche wieder zur Kraft. Eine mündliche frühere Anordnung lebt dadurch nicht wieder auf.

1. Ist eine frühere letztwillige Anordnung durch eine spätere giltige einmal aufgehoben worden (§§. 713—716), so kann sie, streng genommen, durch die Vernichtung (oder den Widerruf) der späteren nicht wieder zu Kraft gelangen. Bei diesem Grundsatze hat es auch hinsichtlich der (außergerichtlichen) mündlichen letzten Willenserklärungen sein Bewenden; eine frühere unversehrt gelassene schriftliche Anordnung lebt aber allerdings wieder auf; denn der Testator hat schon dadurch, daß er die frühere Urkunde unversehrt ließ, seine Unschlüssigkeit in Beziehung auf die Aenderung derselben an den Tag gelegt, und nunmehr durch die Vertilgung (oder wohl auch durch einen ausdrücklichen Widerruf)[2]) der späteren Anordnung seine Rückkehr zu dem älteren Testamente oder Codicille bethätigt.

2. Was hier in Ansehung einer früheren schriftlichen letzten Anordnung bemerkt wurde, muß auch in Bezug auf einen vor Gericht oder vor einem Notare mündlich erklärten letzten Willen gelten, weil dieser in beiden Fällen zu Protokoll genommen, und dadurch gleichsam in einen schriftlichen verwandelt wird (s. S. 199 d. W.); die von den Zeugen nach §. 585 vorgenommene Aufzeichnung einer mündlichen letzten Willenserklärung kann aber diese Wirkung nicht haben, wie schon oben S. 195 erinnert wurde.

§. 724.

[Widerruf] c) vermutheter;

Ein Legat wird für widerrufen angesehen, wenn der Erblasser die vermachte Forderung eingetrieben und erhoben; wenn er die jemanden zugedachte Sache veräußert,

---

[1]) Bei der Uebergabe eines schriftlichen Testamentes an den Notar wurde nach §. 61 der früheren Not. Ordng. immer der Name des Notars und der Zeugen oder zweier Notare und eines Zeugen auf die Testamentsurkunde selbst aufgeschrieben; nichtsdestoweniger scheint aber diese durch die Zurücknahme (zufolge der oben angeführten Gesetzesstellen) die Kraft eines Notariatsactes zu verlieren.

[2]) Mattei, Comm. Vol. III., p. 450.

und nicht wieder zurückerhalten; oder wenn er sie auf eine solche Art in eine andere verwandelt hat, daß die Sache ihre vorige Gestalt und ihren vorigen Namen verliert.

§. 725.

Wenn aber der Schuldner die Forderung aus eigenem Antriebe berichtiget hat; wenn die Veräußerung des Legates auf gerichtliche Anordnung geschehen; wenn die Sache ohne Einwilligung des Erblassers verwandelt worden ist; so besteht das Legat.

1. In Ansehung der Vermächtnisse hebt das Gesetz außer den bereits erörterten noch andere Handlungen des Erblassers hervor, welche keinen vernünftigen Grund, an seinem geänderten Willen zu zweifeln, übrig lassen. Sie beziehen sich auf das Vermächtniß einer Forderung und auf das einer bestimmten Sache.

2. Das Vermächtniß einer Forderung, welche der Erblasser an den Legatar (§. 663) oder an einen dritten (§. 664) zu stellen hat, wird für widerrufen angesehen, wenn er die vermachte Forderung eingetrieben und erhoben hat. Denn dadurch ist die Forderung selbst erloschen (§. 1412), also der Gegenstand des Vermächtnisses verschwunden; und da diese Veränderung durch den Testator selbst bewerkstelliget wurde, so muß eben auch auf eine veränderte Willensrichtung desselben geschlossen werden. Dieß wäre aber nicht der Fall, wenn der Schuldner die Forderung aus eigenem Antriebe berichtiget hat, wo der Gläubiger nicht einmal berechtiget ist, die Annahme zu verweigern (§. 1419), oder wenn der Erblasser die Forderung zwar eingetrieben, aber nicht auch eingehoben hat, weil hier die Forderung noch fortbesteht, und die Eintreibung oft sogar nothwendig ist, um ihren Fortbestand zu sichern (z. B. wenn sie der Verjährung nahe ist)[1]. In den beiden letztgedachten Fällen besteht also daß Vermächtniß fort, und der Legatar kann einen, der vermachten Forderung gleichkommenden Betrag in Anspruch nehmen.

3. Bei dem Vermächtnisse einer bestimmten Sache gilt als Widerruf:

a) zuvörderst die von dem Erblasser selbst, oder von einem andern in seinem Auftrage vorgenommene Veräußerung derselben, indem sie dadurch zu einer fremden wird, deren Vermächtniß in der Regel ungiltig ist (§. 662). Geschah dagegen die Veräußerung auf gerichtliche Anordnung, oder überhaupt wider den Willen des Erblassers (z. B. im Wege der Expropriation nach §. 365), so bleibt das Legat in Kraft, weil sich unter solchen Umständen auf eine Willensänderung des Testators kein Schluß ziehen läßt. Der Legatar hätte in solchem Falle Anspruch auf den eingegangenen Preis[2]). Ueberdieß lebt das Legat wieder auf, wenn der Erblasser die veräußerte Sache neuerdings zurückerhalten hat, mag dieß entgeltlich oder unentgeltlich geschehen sein.

b) Ein zweiter Fall der Widerrufung tritt bei dem legatum speciei dann ein, wenn der Erblasser selbst wissentlich, oder wenn ein anderer mit seiner Einwilligung die vermachte Sache auf eine solche Art in eine andere verwandelt (specificirt) hat, daß sie ihre vorige Gestalt und ihren vorigen Namen verliert; wie wenn z. B. Getreide zu Mehl vermahlen, oder ein goldener Becher eingeschmolzen und aus demselben irgend ein anderes Geräthe verfertiget wurde. Nicht das gleiche würde gelten, wenn die legirte Sache nicht umgestaltet, sondern nur vermehrt oder verbessert (z. B. ein neues Stockwerk auf das Haus aufgesetzt) wurde, oder wenn die Umwandlung ohne Einwilligung des Erblassers, oder zwar durch ihn selbst, aber aus Irrthum geschah, oder wenn sie durch bloßen Zufall bewirkt wurde; unter diesen Voraussetzungen besteht das Legat, und der Vermächtnißnehmer kann nach Zeiller's (Comment. Bd. 2, S. 707) und Nippel's (Erläut. Bd. 4, S. 447) Ansicht,

---

[1]) S. Nippel, Erläut. Bd. 4, S. 446, und Winiwarter, bürgl. Recht, Bd. 3, S. 272. — Bei dem legatum liberationis muß wohl auch in der bloßen Eintreibung der Forderung ein Widerruf gefunden werden. S. Unger, Erbr. S. 311, Anmrkg. 6.

[2]) Zeiller, Comment. Bd. 2, S. 707; Nippel, Erläut. Bd. 4, Z. 446; Winiwarter, bürg. Recht, Bd. 3, S. 273. — Nach Unger, Erbr. S. 294, Anmerkg. 4, verwandelt sich das Legat in ein wirksames legatum rei alienae.

womit auch Unger (Erbr. S. 295, Anm. 6) übereinstimmt, die Entrichtung der Sache in der Gestalt und Beschaffenheit, worin sie sich jetzt befindet, nach Winiwarter (bürgl. Recht, Bd. 3, S. 373) aber den Werth verlangen, den die Sache zur Zeit der Umgestaltung hatte. Letztere Ansicht scheint auch die richtigere zu sein, denn ein Recht auf die Sache, wie sie sich nach der Verwandlung darstellt, läßt sich nicht erweisen, weil die Sache eben eine andere ist, als jene, auf welche dem Legatar ein Recht eingeräumt wurde, z. B. eine Schüssel anstatt eines Pokales, Mehl anstatt Getreides.

4. Zeiller bemerkt (in seinem Comment. Bd. 2, S. 708), daß außer den vom Gesetze aufgestellten Vermuthungen noch andere, denselben gleichkommende oder sich annähernde Vermuthungen eintreten können, bei denen aber die Beurtheilung ihres Gewichtes dem richterlichen Ermessen vorbehalten bleibt. Hiergegen läßt sich wohl mit Nippel (Erl. Bd. 4, S. 447) einwenden, daß nach unseren Proceßordnungen nur jene Vermuthungen für einen Beweis anzusehen seien, welchen insbesondere durch das Gesetz Kraft beigelegt wird; es darf aber auch anderseits nicht außer Acht gelassen werden, daß man nach §. 863 seinen Willen (mithin auch den Willen, ein Vermächtniß zu widerrufen) nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend durch solche Handlungen erklären kann, welche mit Ueberlegung aller Umstände keinen vernünftigen Grund, daran zu zweifeln, übrig lassen, und daß es allerdings dem Richter anheimgestellt bleiben muß, zu beurtheilen, welche Handlungen von dieser Art seien.

§. 726.

3) [Aufhebung einer letztw. Anordnung] durch Entsagung der Erben.

Will oder kann weder ein Erbe, noch ein Nacherbe die Verlassenschaft annehmen; so fällt das Erbrecht auf die gesetzlichen Erben. Diese sind aber verpflichtet, die übrigen Verfügungen des Erblassers zu befolgen. Entsagen auch sie der Erbschaft, so werden die Legatare verhältnißmäßig als Erben betrachtet.

1. Sind mehrere Erben eingesetzt, und kann oder will einer derselben von seinem Erbrechte keinen Gebrauch machen, so ist vor allem darauf zu sehen, ob der Erblasser nicht einen Nacherben ernannt hat, welcher in diesem Falle berufen erscheint, die Erbschaft zu erlangen (§§. 604 und 608). Ist kein Nacherbe vorhanden, oder können oder wollen auch diese nicht Erben werden, so fällt der erledigte Erbtheil an die vorhandenen Miterben, wenn diese ohne Bestimmung der Theile oder in dem allgemeinen Ausdrucke einer gleichen Theilung zur Erbschaft berufen sind (§§. 560 und 561). Greift auch diese Voraussetzung nicht Platz, so tritt nach §. 727 die Intestaterbfolge ein. In allen diesen Fällen bleiben die übrigen Verfügungen des Erblassers aufrecht, und müssen von den an die Stelle der eingesetzten Erben tretenden Nacherben (§. 606), Miterben (§. 563) oder gesetzlichen Erben (§. 726) erfüllt, also insbesondere auch die angeordneten Vermächtnisse entrichtet werden [1]). Nun kann es aber geschehen, daß auch die gesetzlichen Erben entweder der Erbschaft entsagen (§. 805), oder zu erben unfähig sind.

2. Entsagen die Intestaterben ihrem Rechte, so werden nach der Verfügung des vorstehenden §. die Legatare verhältnißmäßig als Erben betrachtet, d. h. der nach Entrichtung der Vermächtnisse übrig bleibende Theil des Nachlasses wird unter sie nach Verhältniß des Werthes des einem jeden einzelnen Legatare zugedachten Vermächtnisses vertheilt [2]); doch müssen die Legatare, um von diesem Rechte Gebrauch zu machen, nach §. 121 des Pat. v. 9. August 1854, Nr. 208

---

[1]) Nur wenn der Pflichttheil in Gestalt eines Vermächtnisses hinterlassen worden wäre (§. 774), kann der als Intestaterbe eintretende Notherbe nicht auch das, den Pflichttheil repräsentirende Vermächtniß nebst seinem Intestaterbtheile in Anspruch nehmen, weil von einem Pflichttheile nur bei der testamentarischen Erbfolge die Rede sein kann, sobald aber die gesetzliche Erbfolge eintritt, der Pflichttheil in dem Intestaterbtheile aufgeht. S. die Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 24. Juni 1852 in Nr. 140 der allg. österr. Ger.Ztg. J. 1852.

[2]) Was zu geschehen habe, wenn nichts erübriget, oder der Nachlaß nicht einmal zur Bezahlung aller Legate ausreicht, ist schon oben S. 296 d. W. erörtert worden.

des R. G. Bl., eine mit den Erfordernissen der §§. 799 und 800 des b. G. B. versehene Erbserklärung einbringen.

3. Sind keine Intestaterben vorhanden, oder sind sie zu erben unfähig, so wird, da der §. 726 nur des Falles der Entsagung erwähnt, der Nachlaß als ein erbloses Gut eingezogen und die Legatare haben keinen Anspruch auf die Erbschaft als solche[1]); wohl aber müssen ihnen, so weit die Kräfte des Nachlasses dazu ausreichen, auch in diesem Falle ihre Vermächtnisse ungeschmälert entrichtet werden, wie sich noch umständlicher bei §. 760 ergeben wird.

Dreizehntes Hauptstück.

Von der gesetzlichen Erbfolge.

§. 727.

Fälle der gesetzlichen Erbfolge.

Wenn der Verstorbene keine giltige Erklärung des letzten Willens hinterlassen; wenn er in derselben nicht über sein ganzes Vermögen verfüget; wenn er die Personen, denen er Kraft des Gesetzes einen Erbtheil zu hinterlassen schuldig war, nicht gehörig bedacht hat; oder, wenn die eingesetzten Erben die Erbschaft nicht annehmen können oder wollen; so findet die gesetzliche Erbfolge ganz oder zum Theile Statt.

§. 728.

In Ermanglung einer giltigen Erklärung des letzten Willens fällt die ganze Verlassenschaft des Verstorbenen den gesetzlichen Erben zu. Ist aber eine giltige Erklärung des letzten Willens vorhanden; so kommt ihnen derjenige Erbtheil zu, welcher in derselben Niemanden zugedacht ist.

§. 729.

Vorschrift für den Fall des verkürzten Pflichttheiles.

Ist eine Person, welcher der Erblasser Kraft der Gesetze einen Erbtheil zu hinterlassen schuldig war, durch eine letzte Willenserklärung verkürzt worden; so kann sie sich auf die Vorschrift des Gesetzes berufen, und den nach Maßgabe des folgenden Hauptstückes ihr gebührenden Erbtheil gerichtlich fordern.

1. Wir haben schon mehrmals hervorgehoben, daß nach österreichischem Rechte der giltig erklärte Wille des Erblassers, insofern er nichts gesetzwidriges enthält, heilig geachtet und zur möglichst genauen Erfüllung gebracht werden muß[2]). Wenn nun aber der Verstorbene von dem ihm eingeräumten Befugnisse, über sein Vermögen auf den Todesfall zu verfügen, keinen Gebrauch gemacht hat, vertritt das Gesetz gleichsam seine Stelle, und bestimmt, wie die Vertheilung seines Nachlasses zu geschehen habe. Die auf Grundlage dieser gesetzlichen Verfügungen eintretende Erbfolge wird deßhalb die gesetzliche Erbfolge, und die kraft derselben succedirenden Erben werden gesetzliche Erben genannt.

2. Der im Eingange aufgestellte Grundsatz unterliegt aber allerdings einer Beschränkung, vermöge welcher gewisse, mit dem Erblasser durch die Bande der Natur auf das innigste verknüpfte Personen auch gegen den erklärten Willen desselben einen bestimmten Theil seines Nachlasses anzusprechen berechtiget wurden, wofern ihnen nicht ein gesetzlich anerkannter Grund der Ausschließung im Wege steht. Diese Personen werden Notherben und der ihnen gebührende Erbtheil wird der Pflichttheil genannt. Weil aber auch ihr Erbrecht sich zunächst und unmittelbar auf die

---

[1]) Unger (Erbrecht, S. 114 Anmerkg. 3) will die Vorschrift des §. 726 auch auf diese Fälle ausgedehnt wissen.

[2]) S. Zeiller: Ueber die Principien des a. b. G. B. in Pratobevera's Mat. Bd. 2, Nr. III.

Anordnung des Gesetzes gründet, so wird die Erbfolge der Notherben gleichfalls unter dem Ausdrucke der „gesetzlichen Erbfolge" (im weiteren Sinne) begriffen, während man die in Ermanglung einer giltigen letzten Willenserklärung Platz greifende Erbfolge die „gesetzliche Erbfolge im engeren Sinne", oder auch die „Intestaterbfolge", und die gesetzlichen Erben in dieser Beziehung „Intestaterben" nennt [1]).

3. Da nach unserem Gesetzbuche (§. 534) die verschiedenen Arten des Erbrechtes (das testamentarische, vertragsmäßige und gesetzliche) auch neben einander bestehen können, so ist die gesetzliche Erbfolge bald eine reine, bald eine s. g. gemischte; und zwar fällt A) die ganze Verlassenschaft eines Verstorbenen den gesetzlichen Erben zu, a) wenn derselbe gar keine Erklärung des letzten Willens hinterlassen und auch keinen Erbvertrag abgeschlossen hat (§§. 727 und 728); b) wenn die letzte Willenserklärung aus was immer für einem Grunde ungiltig ist (ebd.); c) wenn sämmtliche eingesetzte Erben die Erbschaft nicht annehmen können oder wollen (§. 727); d) gewissermaßen auch, wenn der letzte Wille nach §. 778 dadurch entkräftet wird, daß der Erblasser seinen einzigen Notherben aus Irrthum mit Stillschweigen übergangen hat, oder wenn ein kinderloser Erblasser erst nach Erklärung seines letzten Willens einen Notherben erhält, für den keine Vorsehung getroffen ist. Dagegen findet B) die gesetzliche Erbfolge nur zum Theile statt: a) wenn bloß ein Erbvertrag vorhanden ist, weil sich dieser nie über das ganze Vermögen des Erblassers erstrecken kann (§. 1253); b) wenn der Verstorbene in seiner letzten Willenserklärung nicht über sein ganzes Vermögen verfügt hat (§§. 713, 727 und 728); c) wenn einer der eingesetzten Erben seinen Erbtheil nicht annehmen kann oder will, und weder ein Nacherbe vorhanden ist, noch das Recht des Zuwachses eintritt (§. 726); endlich d) wenn ein Notherbe (eine Person, welcher der Erblasser kraft des Gesetzes einen Erbtheil zu hinterlassen schuldig war) nicht gehörig bedacht, sondern durch eine letzte Willenserklärung verkürzt wurde (§§. 727 und 729), die oberwähnten Fälle des §. 778 ausgenommen; weil sich der Pflichttheilsanspruch niemals auf den ganzen Nachlaß erstreckt (§§. 765 und 766).

4. Das gegenwärtige Hauptstück handelt nur von der gesetzlichen Erbfolge im engeren Sinne (der Intestat-Erbfolge), während die Bestimmungen über die Rechte der Notherben dem folgenden Hauptstücke vorbehalten wurden.

5. Die Intestat-Erbfolgeordnung ist entweder eine allgemeine [2]), welche für alle Staatsbürger ohne Unterschied des Standes gilt, oder eine besondere, deren abweichende Bestimmungen nach §. 761 rücksichtlich der Bauerngüter und der Verlassenschaften geistlicher Personen Platz greifen [3]).

6. Bei Regelung der Intestat-Erbfolge sind die verschiedenen Gesetzgebungen mitunter von ziemlich verschiedenen Gesichtspunkten ausgegangen; doch stimmen sie wohl meistens darin überein, daß sie diejenigen Personen zur Nachfolge berufen, welche mit dem Erblasser in einer natürlichen oder sittlichen Verbindung (durch Blutsverwandtschaft oder Ehe) stehen, von denen daher auch im allgemeinen zu vermuthen ist, daß sie der Verstorbene zunächst zu seinem Nachlasse berufen haben würde, wenn er eine letztwillige Anordnung errichtet hätte. Unser Gesetzbuch ist hierin nicht so getreu, wie in anderen Punkten, dem römischen Rechte gefolgt. Die nächste Grundlage seiner Bestimmungen bildet das unter Kaiser Josef II. für die gesammten deutschen Erbländer erlassene Pat. vom 11. Mai 1786, welches für alle Stände ohne Unterschied eine gleiche Ordnung der gesetzlichen Erbfolge in das freivererbliche Vermögen festgesetzt hatte, und ohne wesentliche Veränderungen in das galizische Gesetz-

---

1) S. hierüber Unger, Erbrecht, S. 126, insbesondere Anmerkg. 2.

2) Winiwarter, bürgl. Recht, Bd. 3, S. 278, bedient sich der Ausdrücke: „ordentliche" und „außerordentliche" Erbfolge.

3) Die hier behandelte Erbfolgeordnung gilt übrigens nur in Ansehung des freivererblichen Vermögens. Lehen, Fideicommisse, Stiftungen u. dgl. sind nach den besonders dafür stehenden Anordnungen zu behandeln.

buch übergegangen war[1]). Vor diesem Pat. hatte in Oesterreich kein allgemeines Gesetz bestanden, sondern die Intestaterbfolge war durch Partikulargesetze und Statuten in einzelnen Landestheilen geregelt. So hatte z. B. Wien durch Privilegium Herzog Albrechts vom Lichtmeßtage 1383 (die s. g. Constitutio Albertina) eine eigene Erbrechtsordnung erhalten, welche sich noch ganz den deutschrechtlichen Grundsätzen anschloß[2]); wogegen die Ordnung über das Erbrecht außer Testament vom 28. Mai 1720 für Oesterreich unter der Enns (in Oesterreich ob der Enns durch Pat. v. 16. März 1729 eingeführt) nahezu den römisch rechtlichen Principien huldigt, wie sie in den Novellen Justinians ausgesprochen sind.

7. Zur Charakteristik unserer Intestaterbfolge im allgemeinen läßt sich bemerken, daß dieselbe zunächst auf der Blutsverwandtschaft, sohin aber auch auf der Verbindung, welche durch die Annahme an Kindesstatt und durch die Ehe hergestellt wird, beruht; daß ferner zwischen ererbten und erworbenen Gütern, beweglichem und unbeweglichem Vermögen und dem Umstande, ob dasselbe von der väterlichen oder mütterlichen Seite herrührt, kein Unterschied obwaltet. Ebenso wenig übt das Geschlecht, das Alter und der Umstand, ob ein zur Erbfolge überhaupt Berufener sich noch in der väterlichen Gewalt befindet oder nicht, einen Einfluß auf die Ansprüche desselben. Demnach theilt unser Gesetzbuch sämmtliche Personen, denen ein Intestaterbrecht zusteht, in sechs Classen; und zwar 1. die Verwandten aus ehelicher Abstammung (§§. 730—751); 2. die legitimirten Kinder (§§. 752 und 753); 3. die unehelichen Kinder (§. 754); 4. die Wahlkinder (§. 755); 5. die Eltern in Rücksicht der legitimirten und unehelichen Kinder (§.756), und 6. die Ehegatten (§§. 757—759). Diese Classen schließen übrigens einander nicht aus, sondern es können die in verschiedenen Classen stehenden Personen zugleich zur Succession gelangen, wie aus der Textirung der einzelnen §§. unzweifelhaft hervorgeht.

§. 730.

Gesetzliche Erben: I. Die Verwandten aus einer ehelichen Abstammung.

Gesetzliche Erben sind zuvörderst diejenigen, welche mit dem Erblasser vermittelst ehelicher Abstammung durch die nächste Linie verwandt sind. Die Verwandtschaftslinien werden auf folgende Art bestimmt.

§. 731.

Erbfähige Linien derselben.

Zur ersten Linie gehören diejenigen, welche sich unter dem Erblasser, als ihrem Stamme vereinigen, nämlich: seine Kinder und ihre Nachkömmlinge.

Zur zweiten Linie gehören des Erblassers Vater und Mutter, sammt denjenigen, die sich mit ihm unter Vater und Mutter vereinigen, nämlich: seine Geschwister und ihre Nachkömmlinge.

Zur dritten Linie gehören die Großeltern sammt den Geschwistern der Eltern und ihren Nachkömmlingen.

Zur vierten Linie gehören des Erblassers erste Urgroßeltern sammt ihren Nachkömmlingen.

---

[1]) Hüttner (J. v.): Ausführliche Entwicklung der Lehre von der gesetzlichen Erbfolge in dem freivererblichen Vermögen nach dem a. b. G. B. nebst einer kurzen Geschichte derselben im Erzherzogthum Oesterreich. Wien, 1819. — Ueber das Pat. vom 11. Mai 1786 vgl. Voglhuber (Jos.): Vollständige und durch Stammtabellen vorgetragene Erklärung der in den gesammten k. k. Erblanden in dem freivererblichen Vermögen eingeführten Erbrechtsordnung vom 11. Mai 1786. Wien, 1786 und 1789. — Emperger (Fr. J. Edl. v.): Praktische Anwendung der gesetzlichen Erbfolge nach Vorschrift der Ordnung v. 11. Mai 1786. Klagenfurt 1788 und 1791.

[2]) Ein durchgreifender Grundsatz der Erbfolge — sagt Mittermaier, a. a. O. §. 436 — in dem Sinne, daß ein solcher aus einem gewissen Rechtssatze durch verständige Zergliederung abgeleitet wurde, läßt sich zwar im alten deutschen Erbrechte nicht nachweisen, — aber als Gesammtansicht über die Erbfolge läßt sich doch das Princip der Parentelenordnung bezeichnen, nach welcher der in der nächsten Gemeinschaft des Blutes (Sippe) mit dem Erblasser stehende auch zuerst erbte, und immer von den Seitenverwandten die in der näheren Parentel stehenden, d. i. die mit dem Erblasser durch den nächsten gemeinschaftlichen Stammvater verbundenen, die in der entfernteren Parentel stehenden ausschließen; jedoch so, daß in der einzelnen Parentel, ohne Anwendung der Erbvertretung (Repräsentation), der im Grade dem Erblasser nächste auch zunächst erbte. — Manchen Einfluß übte in einzelnen Rechten die Unterscheidung des Vermögens in bewegliches und unbewegliches, und bei letzterem die Trennung von gewonnenem Gut und Stammgut.

Zur fünften Linie gehören des Erblassers zweite Urgroßeltern sammt denjenigen, die von ihnen abstammen.

Zur sechsten Linie gehören des Erblassers dritte Urgroßeltern sammt denjenigen, die von ihnen entsprossen sind.

1. Die erste Classe der Intestaterben bilden die Verwandten aus einer ehelichen Abstammung, die von dem Gesetzgeber in sechs Verwandtschaftslinien gebracht sind, auf welche das Recht der Erbfolge beschränkt ist, so daß entferntere Verwandte des Erblassers von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen erscheinen (§. 751). Von diesen sechs Linien umfaßt die erste sämmtliche Abstämmlinge des Erblassers; in die fünf übrigen Linien kommen die Verwandten der aufsteigenden Linie bis zu den dritten Urgroßeltern, sammt ihren Nachkömmlingen zu stehen.

2. Zur Charakteristik der Erbfolgeordnung in diesen sechs Linien kömmt im allgemeinen zu bemerken, daß jede der in Frage stehenden Verwandtschaftslinien die andere ausschließt, so daß eine entferntere Linie erst dann zur Succession gelangen kann, wenn in keiner der näheren Linien ein erbfähiger Verwandter vorhanden ist[1]). Personen, die zu verschiedenen Linien gehören, können also nicht miteinander erben, während bei den oberwähnten Classen der Intestaterben eine solche Concurrenz allerdings stattfindet.

3. Die Kinder des ersten Grades erben nach Köpfen (§. 732). Ist ein Kind des Erblassers vor ihm gestorben, so fällt der Antheil, welchen es erhalten hätte, den nachgelassenen Abstämmlingen desselben zu (§. 733). Diese succediren demnach, sowohl wenn sie mit noch lebenden Kindern des ersten Grades zusammentreffen, als wenn bloß entferntere Nachkömmlinge unter einander concurriren, nach Stämmen (§. 734) und insofern findet allerdings ein s. g. Vorstellungsrecht (Repräsentationsrecht) statt; indem die entfernteren Descendenten in das Recht der früher verstorbenen näheren Abstämmlinge eintreten (vgl. §. 735), und demnach nie mehr und nie weniger erhalten, als ihr vorher verstorbener Ascendent erhalten hätte, wenn er am Leben geblieben wäre (§. 734). Keineswegs darf aber der Begriff des Vorstellungsrechtes dahin ausgedehnt werden, daß den Abstämmlingen nur dann und insoweit ein Erbrecht gebühre, als dasselbe ihren Eltern zugestanden wäre, daß sie also von dem Erbrechte auszuschließen seien, wenn ihre Ascendenten erbunfähig gewesen[2]).

4. Die Verwandten der aufsteigenden Linie succediren nach Elternseiten, d. h. es wird der Nachlaß zuvörderst in zwei Hälften getheilt, von denen die eine dem Vater, die andere der Mutter des Erblassers gebührt (§. 735), und welche unter die Großeltern wieder nach dem gleichen Principe getheilt werden (§. 738 u. ff.). Hier findet kein Vorstellungsrecht in der Art statt, daß die entfernteren Ascendenten (z. B. die Großeltern) an die Stelle der früher verstorbenen näheren Ascendenten (z. B. eines Elterntheiles) treten, wohl aber repräsentiren auch hier die Nachkömmlinge ihre Vorfahren, so daß also z. B. das Recht eines vorverstorbenen Elterntheiles auf dessen nachgelassene Kinder (die Geschwister des Erblassers) oder deren Nachkömmlinge übergeht (§. 735), welche in Uebereinstimmung mit dem bei der Erbfolge der Descendenten aufgestellten Grundsatze nach Stämmen succediren (§. 735). Dieses

---

1) Vgl. den Eingang der §§. 735, 738, 741, 744 und 748.

2) Vgl. §. 541 und die Erläuterung desselben S. 148, dann S. 149, Z. 5 d. W. — Der §. 730 bestimmt als gesetzliche Erben zuvörderst diejenigen, welche mit dem Erblasser vermittelst ehelicher Abstammung durch die nächste Linie verwandt sind, und der §. 731 beruft in der ersten Linie des Erblassers Kinder und ihre Nachkommen; diese sind demnach an und für sich, und nicht bloß vermittelst des Vorstellungsrechtes zu gesetzlichen Erben berufen. Hätte der Gesetzgeber ihnen nur auf Grundlage dieses letzteren ein Erbrecht zugedacht, so hätte er offenbar nebst der Bedingung des früheren Absterbens der Eltern auch die Erbfähigkeit der letzteren als Bedingung hinzufügen müssen. — Diese Auslegung wird auch durch die Anordnung des §. 780 bestätigt, welche von demselben Principe, wie der §. 541, ausgeht. (Vgl. den Aufsatz von P. Gspan, Ueber das Vorstellungsrecht bei der gesetzlichen Erbfolge nach dem allg. österr. b. G. B. in der Zeitschr. für österr. Rechtsgel. 1835, I., S. 349). — Nur die Verzichtleistung auf das Erbrecht wirkt nach §. 551 auch auf die Nachkommen.

Princip ist durch alle fünf Linien der Ascendenten mit unverrückbarer Consequenz durchgeführt.

5. Wenn einer der zur Nachfolge berufenen Verwandten nicht erben kann oder will, so fällt sein Antheil, wenn in derselben Linie noch andere Verwandte vorhanden sind, denjenigen zu, welche mit ihm in der nächsten Verbindung stehen. Dieß geschieht nicht in Folge eines Zuwachsrechtes, welches der §. 560 nur in Ansehung der „eingesetzten", also testamentarischen Erben anerkennt, sondern es tritt als natürliche Folge des Grundsatzes ein, daß der Nachlaß unter die im gleichen Verwandtschaftsverhältnisse stehenden Personen nach ihrer Zahl in gleiche Theile zu theilen sei (§§. 732, 733 u. ff.), daß aber hierbei eben nur jene Personen zu zählen sind, die das Gesetz für erbfähig anerkennt (vgl. §. 767) [1]).

6. Ein Uebergang auf eine spätere Linie findet erst dann statt, wenn in der früheren gar keine successionsfähigen Verwandten vorhanden sind [2]).

§. 732.

1. Linie: Die Kinder.

Wenn der Erblasser eheliche Kinder des ersten Grades hat, so fällt ihnen die ganze Erbschaft zu; sie mögen männlichen oder weiblichen Geschlechtes; sie mögen bei Lebzeiten des Erblassers oder nach seinem Tode geboren sein. Mehrere Kinder theilen die Erbschaft nach ihrer Zahl in gleiche Theile. Enkel von noch lebenden Kindern, und Urenkel von noch lebenden Enkeln haben kein Recht zur Erbfolge.

§. 733.

Ist ein Kind des Erblassers vor ihm gestorben, und sind von demselben Ein oder mehrere Enkel vorhanden; so fällt der Antheil, welcher dem verstorbenen Kinde gebührt hätte, diesem nachgelassenen Enkel ganz, oder den mehreren Enkeln zu gleichen Theilen zu. Ist von diesen Enkeln ebenfalls Einer gestorben und hat Urenkel nachgelassen, so wird auf die nämliche Art der Antheil des verstorbenen Enkels unter die Urenkel gleich getheilt. Sind von einem Erblasser noch entferntere Nachkömmlinge vorhanden, so wird die Theilung verhältnißmäßig nach der eben gegebenen Vorschrift vorgenommen.

§. 734.

Auf diese Art wird eine Erbschaft nicht nur dann getheilt, wenn Enkel von verstorbenen Kindern mit noch lebenden Kindern, oder entferntere Nachkömmlinge mit näheren Nachkömmlingen des Erblassers zusammentreffen; sondern auch dann, wenn die Erbschaft bloß zwischen Enkeln von verschiedenen Kindern, oder zwischen Urenkeln von verschiedenen Enkeln zu theilen ist. Es können also die von jedem Kinde nachgelassenen Enkel, und die von jedem Enkel nachgelassenen Urenkel, seien ihrer viele oder wenige, nie mehr und nie weniger erhalten, als das verstorbene Kind oder der verstorbene Enkel erhalten hätten, wenn sie am Leben geblieben wären.

1. Die Bestimmungen des Gesetzes sind so klar, daß sich nur weniges bemerken läßt, und zwar zuvörderst, daß der Ausdruck „Kinder" in den vorstehenden §§. im engeren Sinne als im §. 42, nämlich als gleichbedeutend mit Kindern des ersten Grades, oder Söhnen und Töchtern, gebraucht ist.

2. Kinder aus verschiedenen Ehen beerben nur ihren gemeinschaftlichen Elterntheil, ohne daß hierbei zwischen den voll- und halbbürtigen Geschwistern ein Unterschied stattfindet. Sogenannte Stiefkinder sind nicht verwandt, sondern bloß verschwägert, haben daher auch kein Erbrecht in das Vermögen ihrer Stiefeltern.

---

[1]) S. Winiwarter, bürgl. Recht, Bd. 3, S. 281, und Mühlfeld, bei der Darstellung des Civilrechtsfalles, die Intestaterbfolge in den Nachlaß geistlicher Personen betreffend (Schopf's Arch. 1837, I., S. 165).

[2]) Hätte daher z. B. der Erblasser nur einige in einer näheren Linie stehende Verwandten vom Erbrechte ausgeschlossen, so kommt nicht die darauf folgende Linie zur Succession, sondern es sind die übrigen (nicht ausgeschlossenen) Verwandten der früheren Linie zur Nachfolge berufen. S. die Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 19. Februar 1856, Z. 12034, in Glaser's und Unger's Sammlg. Nr. 160.

3. Ist ein Kind bei dem Tode des Erblassers auch nur als Leibesfrucht vorhanden, so muß es nach §. 22 als schon geboren angesehen, und es muß ihm sein Erbrecht für den Lebensfall vorbehalten werden. Bevor also die Geburt wirklich eingetreten ist, kann auch keine Vertheilung des Nachlasses Platz greifen, weil sich wegen der Möglichkeit einer Fehlgeburt, oder umgekehrt, wegen des Erscheinens von Zwillingen u. s. w., die Antheile nicht bestimmen lassen.

4. Wenn der zunächst berufene Verwandte (Sohn, Enkel u. s. w.) des Erblassers zwar nicht vor demselben verstorben, aber zu erben unfähig ist, so fällt der dem Unfähigen bestimmte Erbtheil nicht auf seine Nachkommen, weil der §. 732 ohne weitere Unterscheidung festsetzt, daß Enkel von noch lebenden Kindern, und Urenkel von noch lebenden Enkeln kein Recht zur Erbfolge haben[1]). Es kömmt vielmehr dieser Antheil den übrigen, in der nämlichen Linie befindlichen Verwandten zu guten; ja es kann, wenn außer dem Unfähigen in der gedachten Linie kein anderer Verwandter vorhanden wäre, sogar der Uebergang an eine entferntere Linie Platz greifen. Das nämliche gilt, wenn der zunächst Berufene die Erbschaft ausgeschlagen oder vorhinein auf dieselbe (nach §. 551) verzichtet hat[2]). Dieser Auslegung stehen die vom Gesetze in den §§. 735, 738, 741, 744 und 748 gebrauchten Ausdrücke nicht entgegen, denn würde man dieselben im buchstäblichen Sinne nehmen und nur auf die phisische Existenz des Erben beziehen, so könnte der Nachlaß auch nicht einmal an den überlebenden Ehegatten gelangen, oder als erbloses Gut eingezogen werden, weil auch die §§. 759 und 760 sich der gleichen Ausdrücke („vorhanden sein", „am Leben sein") bedienen; es muß also, wie schon Winiwarter (bürg. Recht, Bd. 3, S. 291) ganz richtig bemerkt hat, angenommen werden, daß das Gesetz auch jene Fälle einbeziehen wollte, in welchen ein näherer Verwandter zwar phisisch vorhanden ist, aber zufolge seiner Erbsunfähigkeit rechtlich nicht in Betrachtung kömmt.

5. Eine Ausnahme findet hinsichtlich derjenigen Personen statt, welche der unbefugten Auswanderung schuldig erkannt worden sind, indem §. 10, lit. c. des Auswanderungspatentes vom 24. März 1832, Nr. 2557 der J. G. S., bestimmt, daß die Erbschaften, zu denen sie durch das Gesetz berufen wären, an jene Personen übergehen, die in ihrer Ermanglung[3]) als gesetzliche Erben des Erblassers darauf Anspruch haben. — In Ansehung der Deserteure war in dem Pat. vom 5. Februar 1778 angeordnet, daß sie nicht allein mit der Confiscation ihres Vermögens bestraft, sondern auch des Bürgerrechtes und aller Erbschaftsanfälle verlustig erklärt werden. Doch hatte sich nach dem Hfd. vom 23. December 1780 die Confiscationsstrafe nicht auf jene Erbanfälle auszudehnen, welche sich erst nach der Desertion ergeben haben, sondern diese sollen den übrigen Erben zufallen, „gleichsam, als wenn die Deserteure gar nicht existirten". Durch a. h. Entschl. v. 7. Jänner 1842 (Justizhfd. v. 21. Februar 1842, Nr. 599 der J. G. S.) wurde nun zwar die Strafe der Vermögens-Confiscation wegen des Verbrechens der meineidigen Entweichung aus dem Kriegsdienste abgeschafft, aber im §. 8 auf die oben angeführte Vorschrift Bezug genommen, indem es daselbst heißt: „Da ein Deserteur nach den bestehenden Gesetzen vom Tage seiner Entweichung bis zu seiner Stellung oder Einlieferung zu allen Erbanfällen unfähig und aller bürgerlichen Rechte verlustig ist"; es muß also die Verfügung des Hfd. v. 23. December 1780 immer noch als giltig und wirksam angesehen werden, zumal §. 208, lit. e des Militär-Strafgesetzes v. 15. Jänner 1855 verfügt, daß dasjenige Vermögen, welches einem Deserteur bis zu seiner Verhaftung oder Rückkehr unter dem Titel einer Erbschaft zu-

---

[1]) S. Winiwarter, bürgl. Recht, Bd. 3, S. 289.

[2]) Vgl. den in Nr. 29 der Ger. Halle v. J. 1857 mitgetheilten Rechtsfall und die Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 1. Juni 1840.

[3]) Unger, Erbr. S. 138, Anmrkg. 1, meint, daß unter den Worten: „in ihrer Ermanglung" auch der Mangel ihres Erbe-Werdens und nicht bloß der Mangel ihrer Existenz zu verstehen sei.

fällt, an seiner statt jenen gesetzlichen Erben zuzuwenden sei, denen es zugefallen sein würde, wenn der Deserteur den Anfallstag nicht erlebt hätte. Demzufolge dürften unbefugt Ausgewanderte und Deserteure allerdings den „Verstorbenen" gleich zu halten, und somit die Abstämmlinge derselben nicht durch sie vom Erbrechte ausgeschlossen sein.

6. Winiwarter (bürgl. Recht, Bd. 3, S. 290) behauptet noch eine weitere Ausnahme hinsichtlich derjenigen, welche dem Rechte, etwas zu erwerben, überhaupt entsagt, oder das feierliche Gelübde der Armuth abgelegt haben, denn das Gesetz verfüge nicht ausdrücklich, daß diese Entsagung auch auf die Nachkommen wirke, und es lasse sich durchaus nicht annehmen, daß das Gesetz dieselben wegen eines Actes der Frömmigkeit eines ihrer Vorfahren ausschließen wolle. Wir glauben aber hiergegen bemerken zu müssen, daß die Nachkömmlinge solcher Personen freilich nicht in Folge ihrer Entsagung, sondern deßhalb vom Erbrechte ausgeschlossen erscheinen, weil ihnen ihr noch lebender Ascendent im Wege steht; und daß es nicht statthaft sein dürfte, eine Ausnahme von der Regel des §. 732 hier eintreten zu lassen, wo nicht, wie bei den Auswanderern und Deserteuren, ein ausdrückliches Gesetz dafür spricht.

7. Zur Versinnlichung der Intestaterbfolge-Ordnung fügen wir umstehend eine Tabelle bei, aus welcher sich leicht die entsprechenden Beispiele entnehmen lassen. So werden B, C, D den Nachlaß des Erblassers A in drei gleiche Theile theilen; wäre B nicht mehr am Leben, so würde das auf denselben entfallende Drittheil an seine Descendenten E und F übergehen, und jeder von diesen mithin $^1/_6$ erlangen. Wären E, I, L, C, G und H vorhanden, so bekämen E $^1/_6$, I $^1/_{12}$, L $^1/_{12}$, C $^1/_3$, G $^1/_6$ und H $^1/_6$ u. dgl. m.

§. 735.

2. Linie: Die Eltern und ihre Nachkömmlinge.

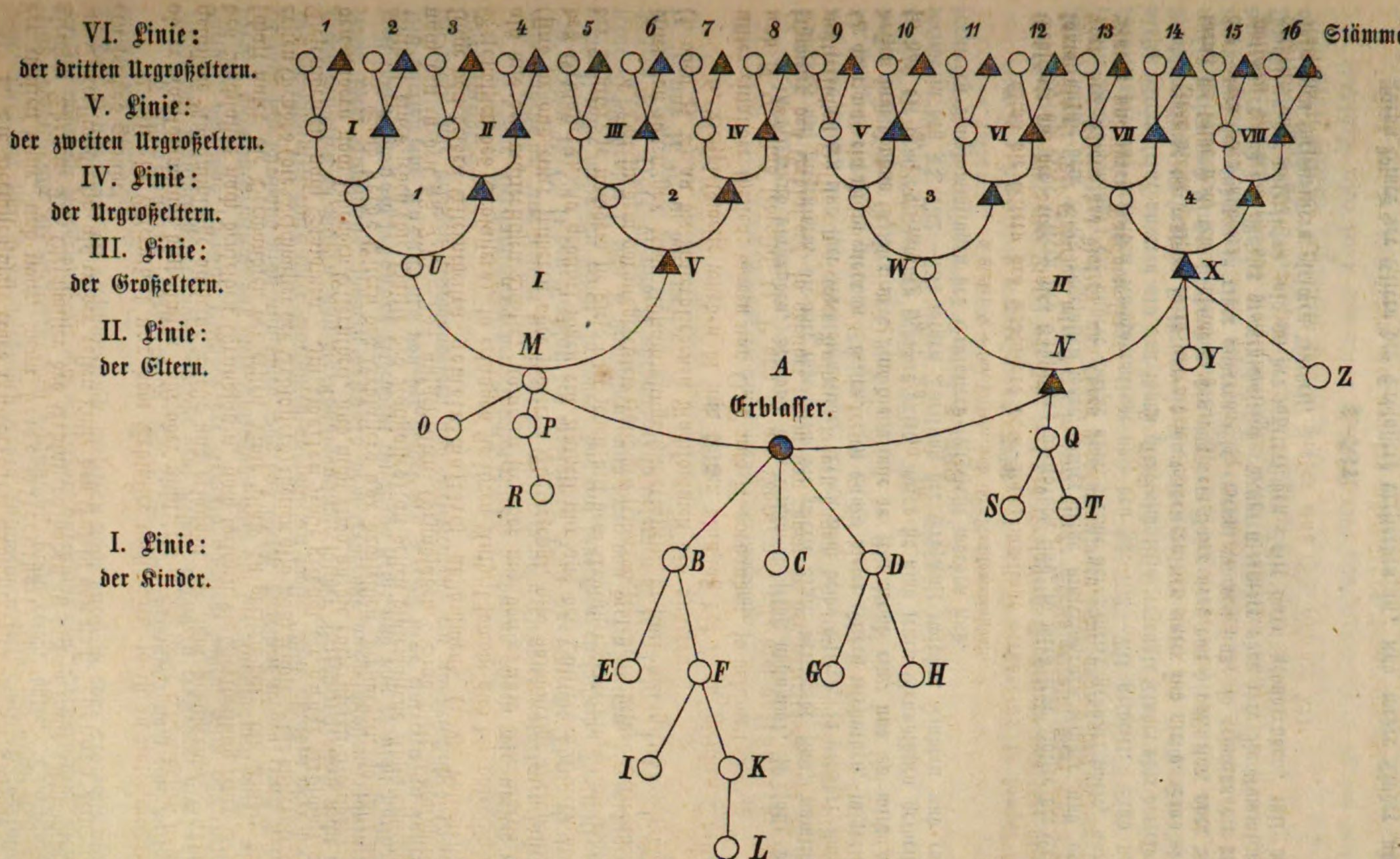
Ist Niemand vorhanden, der von dem Erblasser selbst abstammt, so fällt die Erbschaft auf diejenigen, die mit ihm durch die zweite Linie verwandt sind, nämlich: auf seine Eltern und ihre Nachkömmlinge. Leben noch beide Eltern, so gebührt ihnen die ganze Erbschaft zu gleichen Theilen. Ist Eines dieser Eltern verstorben, so treten dessen nachgelassene Kinder oder Nachkömmlinge in sein Recht ein, und es wird die Hälfte, die dem Verstorbenen gebührt hätte, unter sie nach jenen Grundsätzen getheilt, welche in den §§. 732—734 wegen Theilung der Erbschaft zwischen Kindern und entfernteren Nachkömmlingen des Erblassers festgesetzt worden sind.

§. 736.

Wenn beide Eltern des Erblassers verstorben sind, so wird jene Hälfte der Erbschaft, welche dem Vater zugefallen wäre, unter seine hinterlassenen Kinder und derselben Nachkömmlinge; die andere Hälfte aber, welche der Mutter gebührt hätte, unter ihre Kinder und derselben Nachkömmlinge nach den §§. 732—734 getheilt. Sind von diesen Eltern keine anderen als von ihnen gemeinschaftlich erzeugte Kinder oder derselben Nachkömmlinge vorhanden, so theilen sie die beiden Hälften unter sich gleich. Sind aber außer diesen noch Kinder vorhanden, die von dem Vater oder von der Mutter, oder von einem und der anderen in einer anderen Ehe erzeugt worden sind, so erhalten die von dem Vater und der Mutter gemeinschaftlich erzeugten Kinder oder ihre Nachkömmlinge sowohl an der väterlichen, als an der mütterlichen Seite ihren gebührenden, mit den einseitigen Geschwistern gleichen Antheil.

§. 737.

Wenn Eines der Eltern des Erblassers verstorben ist, und weder Kinder noch Nachkömmlinge hinterlassen hat; so fällt die ganze Erbschaft dem anderen noch lebenden Elterntheile zu. Ist dieser Theil auch nicht mehr am Leben, so wird die ganze Erbschaft unter seinen Kindern und Nachkömmlingen nach den bereits angeführten Grundsätzen vertheilt.


VI. Linie:
der dritten Urgroßeltern.
V. Linie:
der zweiten Urgroßeltern.
IV. Linie:
der Urgroßeltern.
III. Linie:
der Großeltern.
II. Linie:
der Eltern.
I. Linie:
der Kinder.
1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 Stämme
I II III IV V VI VII VIII
1 2 3 4
U V W X
I II
M N
A
Erblasser.
O P R Q S T Y Z
B C D
E F G H
I K
L

1. Die Verlassenschaft eines kinderlosen Erblassers fällt an die Verwandten der zweiten Linie, und zwar, wenn beide Elterntheile noch am Leben sind, zu gleichen Theilen. Die Geschwister des Erblassers haben in diesem Falle ebensowenig ein Successionsrecht, als in der ersten Linie den Enkeln von noch lebenden Kindern ein solches gebührt.

2. Ist ein Elterntheil vor dem Erblasser verstorben, so ist zu unterscheiden, ob er Nachkömmlinge hinterlassen habe oder nicht; im ersten Falle treten dessen nachgelassene Abstämmlinge an seine Stelle und erlangen die ihm gebührende Hälfte des Nachlasses nach denselben Grundsätzen, nach welchen die Vertheilung einer Erbschaft unter die Verwandten der ersten Linie Platz zu greifen hat; die Kinder des ersten Grades (die Geschwister des Erblassers) theilen also nach Köpfen, die entfernteren Descendenten nach Stämmen. Im zweiten Falle gelangt die ganze Erbschaft an den andern noch lebenden Elterntheil, und nicht etwa an die entfernteren Ascendenten.

3. Sind beide Eltern des Erblassers vor demselben verstorben, so fällt der Antheil eines jeden (die Hälfte des Nachlasses) an dessen hinterlassene Abstämmlinge nach den in den §§. 732—734 aufgestellten Grundsätzen. Sind diese Nachkömmlinge von beiden Elterntheilen gemeinschaftlich abstammend (z. B. vollbürtige Geschwister des Erblassers), so erlangen sie ihren Antheil sowohl aus der väterlichen, als aus der mütterlichen Hälfte; stammen sie aber nur von einem Elterntheile ab (sind sie aus einer früheren oder späteren Ehe erzeugt, also halbbürtige Geschwister des Erblassers), so gebührt ihnen ein Antheil nur aus der Hälfte des Vaters oder der Mutter, je nachdem sie diese oder jenen mit dem Erblasser gemeinschaftlich haben.

4. Hat in dem vorausgesetzten Falle des früheren Ablebens beider Elterntheile einer von ihnen gar keine Abstämmlinge hinterlassen, so fällt der ganze Nachlaß (s. oben Z. 2) an die hinterbliebenen Nachkommen des anderen.

5. Beispielsweise würden M und N den Nachlaß des A zu gleichen Theilen unter einander theilen; wären nur O, P und N vorhanden, so bekämen O $^1/_4$, P $^1/_4$ und N $^1/_2$; sind lediglich O, P und Q am Leben, und alle drei vollbürtige Geschwister des Erblassers, so gebührt jedem von ihnen an der väterlichen, wie an der mütterlichen Hälfte ein gleicher Antheil; wären dagegen O und P vollbürtige Brüder, Q aber nur ein Halbbruder des A, so treten an die Stelle des verstorbenen Vaters M dessen drei Söhne O, P und Q, an die Stelle der Mutter N aber nur ihr Sohn Q, so daß O $^1/_6$, P $^1/_6$ und Q $^1/_6 + ^3/_6$, also $^4/_6$ erhält.

§. 738.

3. Linie: Die Großeltern und ihre Nachkommenschaft.

Sind die Eltern des Erblassers ohne Nachkömmlinge verstorben; so kommt die Erbschaft auf die dritte Linie; nämlich: auf des Erblassers Großeltern und ihre Nachkommenschaft. Die Erbschaft wird dann in zwei gleiche Theile getheilt. Eine Hälfte gehört den Eltern des Vaters und ihren Nachkömmlingen, die andere den Eltern der Mutter und ihren Nachkömmlingen.

§. 739.

Jede dieser Hälften wird unter den Großeltern der einen und der andern Seite, wenn sie beide noch leben, gleich getheilt. Ist eines der Großeltern, oder sind beide von der einen oder anderen Seite gestorben; so wird die dieser Seite zugefallene Hälfte zwischen den Kindern und Nachkömmlingen dieser Großeltern nach jenen Grundsätzen getheilt, nach welchen in der zweiten Linie die ganze Erbschaft zwischen den Kindern und Nachkömmlingen des Erblassers getheilt werden muß (§§. 735 bis 737).

§. 740.

Sind von der väterlichen oder von der mütterlichen Seite beide Großeltern verstorben, und weder von dem Großvater noch von der Großmutter dieser Seite Nachkömmlinge vorhanden, dann fällt den von der anderen Seite noch lebenden Großeltern, oder, nach derselben Tode, ihren hinterlassenen Kindern und Nachkömmlingen die ganze Erbschaft zu.

Die Großeltern des Erblassers U und V bekommen die eine, W und X die andere Hälfte der Verlassenschaft, und zwar unter sich zu gleichen Theilen. Wäre X nicht mehr am Leben, so fällt sein Antheil ($^1/_4$) an dessen Nachkommen Y und Z ebenfalls wieder zu gleichen Theilen, so daß jeder $^1/_8$ bekömmt. Ist W ohne Hinterlassung von Nachkommen mit Tode abgegangen, so fällt die ganze Hälfte der Verlassenschaft an X; — wären aber bloß Y und Z vorhanden, so bekämen sie den ganzen Nachlaß, und theilten ihn zu gleichen Theilen.

§. 741.

4. Linie: Die Urgroßeltern und ihre Nachkömmlinge.

Nach gänzlicher Erlöschung der dritten Linie kommt die gesetzliche Erbfolge auf die vierte. Zu dieser Linie gehören die Eltern des väterlichen Großvaters und ihre Nachkömmlinge; die Eltern der väterlichen Großmutter mit ihren Nachkömmlingen; die Eltern des mütterlichen Großvaters mit ihrer Nachkommenschaft; und die Eltern der mütterlichen Großmutter mit der ihrigen.

§. 742.

Sind von allen diesen vier Stämmen Verwandte vorhanden; so wird die Erbschaft zwischen denselben in vier gleiche Theile getheilt, und jeder Theil wieder zwischen den zu jedem Stamme gehörigen Personen nach eben den Grundsätzen untergetheilt, nach welchen zwischen den Eltern des Erblassers und zwischen ihren Nachkömmlingen, eine ganze Erbschaft gesetzmäßig getheilt wird.

§. 743.

Ist einer von den zu dieser Linie gehörigen vier Stämmen bereits erloschen; so fällt dessen Antheil nicht allen übrigen drei Stämmen zu; sondern, wenn der erloschene Stamm von der väterlichen Seite ist; so fällt dem andern Stamme von der väterlichen Seite die Hälfte der Erbschaft zu; und, wenn der erloschene Stamm von der mütterlichen Seite ist, so fällt dem anderen Stamme von der mütterlichen Seite ebenfalls die Hälfte der Erbschaft zu. Sind aber beide Stämme von der väterlichen und (oder) mütterlichen Seite erloschen; so fällt auf die zwei Stämme von der anderen Seite; und, wenn auch von diesen schon Einer erloschen ist, auf den einzigen von dieser Seite noch übrigen Stamm die ganze Erbschaft.

1. Vor allem kömmt hier zu bemerken, daß es im Schlußsatze des §. 743 statt: „sind aber beide Stämme von der väterlichen und mütterlichen Seite erloschen", heißen muß: „von der väterlichen oder mütterlichen Seite", denn wären alle vier Stämme, aus denen die vierte Linie besteht, erloschen, so käme die fünfte Linie zur Erbfolge, wovon aber erst in den §§. 744—747 die Rede ist [1]).

2. Die vierte Linie enthält zunächst acht Personen und vier Stämme, weil je zwei Urgroßeltern zusammen einen Stamm ausmachen. Die Theilung unter dieselben erfolgt in strenger Consequenz mit den früher entwickelten Grundsätzen; und zwar in der Art, daß der einem Urgroßvater oder einer Urgroßmutter gebührende Antheil, wenn sie bereits früher verstorben sind, den an ihre Stelle tretenden Nachkömmlingen, wenn sie aber deren nicht hinterlassen haben, demjenigen Theile zufällt, der sich in demselben Stamme befindet, welchem der Verstorbene angehörte. Wäre also z. B. der Vater des U (des väterlichen Großvaters) kinderlos mit Tode abgegangen, so fällt das ihm gebührende $^1/_8$ an die Mutter des U oder deren Abstämmlinge, und wenn auch diese nicht vorhanden wären, an die Eltern der V (der väterlichen Großmutter).

§. 744.

5. Linie: Die zweiten Urgroßeltern und ihre Nachkömmlinge.

Wenn von der vierten Linie kein Verwandter mehr am Leben ist; so fällt die Erbschaft auf die fünfte, nämlich: auf des Erblassers zweite Urgroßeltern und ihre

---

[1]) S. Schuster: Beiträge zur Hermeneutik des österr. Privatrechts, Zeitschr. für österr. Rechtsgel. 1828, II., S. 189.

Nachkömmlinge. Zu dieser Linie gehört der Stamm der väterlichen Großeltern des väterlichen Großvaters; der Stamm der mütterlichen Großeltern des väterlichen Großvaters; der Stamm der väterlichen Großeltern der väterlichen Großmutter; der Stamm der mütterlichen Großeltern der väterlichen Großmutter; der Stamm der väterlichen Großeltern des mütterlichen Großvaters; der Stamm der mütterlichen Großeltern des mütterlichen Großvaters; der Stamm der väterlichen Großeltern der mütterlichen Großmutter; und der Stamm der mütterlichen Großeltern der mütterlichen Großmutter.

§. 745.

Jeder von diesen acht Stämmen hat mit den übrigen gleiches Erbrecht, und, wenn von jedem Stamme Verwandte vorhanden sind; so wird die Erbschaft unter ihnen in acht gleiche Theile getheilt, und jeder Theil unter den zu diesem Stamme gehörigen Personen nach der bei den vorigen Linien vorgeschriebenen Ordnung wieder untergetheilt.

§. 746.

Wenn einer dieser acht Stämme erloschen ist, so fällt dasjenige, was den väterlichen Großeltern eines Großvaters oder einer Großmutter gehört hätte, dem Stamme der mütterlichen Großeltern eben dieses Großvaters oder dieser Großmutter zu; und was den mütterlichen Großeltern eines Großvaters oder einer Großmutter gebührt hätte, fällt dem Stamme der väterlichen Großeltern eben dieses Großvaters oder eben dieser Großmutter zu.

§. 747.

Sind beide Stämme eines Großvaters oder einer Großmutter erloschen; so bleiben die Antheile, die zu der väterlichen Seite des Erblassers gehören, bei den noch übrigen Stämmen der väterlichen Seite; und die Antheile, die zu der mütterlichen Seite des Erblassers gehören, bleiben bei den noch übrigen Stämmen von der mütterlichen Seite. Wenn aber von allen vier Stämmen der väterlichen Seite; oder von allen vier Stämmen der mütterlichen Seite kein Verwandter mehr vorhanden ist; so erhalten die von der anderen Seite vorhandenen Stämme die ganze Erbschaft.

In der fünften Linie befinden sich acht Stämme; ist einer derselben erloschen, so fällt sein Antheil dem mit ihm zunächst verbundenen Stamme zu; die Verbindung wird aber durch die Verwandten der vorausgehenden vierten Linie bestimmt, so würde z. B. der dem Stamme I gebührende Antheil an den Stamm II gelangen; und wenn beide erloschen wären, fielen ihre Antheile an die Stämme III und IV.

§. 748.

6. Linie. Die dritten Urgroßeltern und ihre Nachkommenschaft.

Wenn endlich auch die fünfte Linie ganz erloschen ist; so fällt die gesetzliche Erbfolge auf die sechste, nämlich: auf des Erblassers dritte Urgroßeltern und ihre Nachkömmlinge. Zu dieser Linie gehören sechzehn Stämme, nämlich: die Stämme derjenigen Eltern, aus welchen die Stammeltern der fünften Linie entsprossen sind. Wenn von jedem dieser Stämme Verwandte am Leben sind; so wird die Erbschaft in sechzehn gleiche Stammtheile getheilt, und jeder Stammtheil zwischen den zu diesem Stamme gehörigen Verwandten nach den bereits angegebenen Grundsätzen wieder untergetheilt.

§. 749.

Sind von einigen dieser Stämme keine Verwandte mehr am Leben; so fallen ihre Antheile auf diejenigen Stämme, die nach Vorschrift der §§. 743 und 746 mit den erloschenen Stämmen in der nächsten Verbindung stehen. Sind nur von einem einzigen Stamme Verwandte übrig; so gebührt ihnen die ganze Erbschaft.

Die sechste und letzte Linie umfaßt sechzehn Stämme, bei deren Succession die früher aufgestellten Regeln zur Anwendung gelangen. Wäre z. B. der Stamm 7 erloschen, so käme sein Antheil an den Stamm 8; und mit dem Hinwegfallen beider Stämme hätten die Stämme 5 und 6 den nächsten Anspruch auf die dadurch erledigten Antheile.

§. 750.

Wenn jemand mit dem Erblasser von mehr als einer Seite verwandt ist; so genießt er von jeder Seite dasjenige Erbrecht, welches ihm, als einem Verwandten von dieser Seite insbesondere betrachtet, gebührt (§. 736).

Eine mehrfache Verwandtschaft kann dadurch entstehen, daß zwei Personen, die bereits miteinander verwandt sind, eine Ehe eingehen, und in derselben Kinder erzeugen; diese Abstämmlinge sind dann mit ihrem gemeinschaftlichen Stammhaupte auf zweifache Art, sowohl durch den Vater, als durch die Mutter verbunden. Die Vertheilung des Nachlasses leidet hierdurch eigentlich gar keine Abänderung, sondern die Folge davon ist nur, daß auf eine und dieselbe Person mehrere Antheile entfallen; wie dieß nach §. 736 ohnehin auch schon bei den vollbürtigen Geschwistern der Fall ist, die sowohl an dem väterlichen, als an dem mütterlichen Antheile participiren.

§. 751.

Ausschließung der entfernteren Verwandten.

Auf diese sechs Linien der ehelichen Verwandtschaft wird das Recht der Erbfolge in Ansehung eines freivererblichen Vermögens eingeschränkt. Entferntere Verwandte des Erblassers sind von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen.

Nach römischem Rechte war das Erbrecht der Agnaten dem Grade nach unbeschränkt, unser a. b. G. B. hat aber die in dem vorstehenden §. enthaltene Beschränkung aufgenommen, weil es (mit Ausnahme etwa der hochadeligen Familien, welche ihre Geschlechtsregister mit besonderer Sorgfalt führen) kaum möglich wäre, eine noch entferntere Verwandtschaft gehörig nachzuweisen, so daß häufig nur zu fruchtlosen Nachforschungen und eben so kostspieligen als langwierigen Streitigkeiten Anlaß gegeben würde. Auch ist die Gränze ohnehin so weit hinausgerückt, daß die Gesetzgebung den Vorwurf nicht zu befürchten braucht, als habe sie aus fiscalischem Interesse (wegen des Heimfallsrechtes der Kammer nach §. 760) die oberwähnte Beschränkung getroffen. Schließlich kömmt hier noch der Verfügung zu erwähnen, welche im §. 34 des Ehegesetzes für Katholiken enthalten ist. Nach dieser haben, wenn eine Verbindung, welche mit Uebertretung der im §. 13 des Ehegesetzes enthaltenen Vorschrift geschlossen wird [1]), nach dem Kirchengesetze als eine giltige Ehe angesehen werden muß (s. Bd. I, S. 149 d. W.), die in einer solchen Ehe erzeugten oder durch dieselbe legitimirten Kinder kein Recht der Intestaterbfolge in dem Vermögen der Verwandten ihrer Eltern, welchen Verwandten jedoch auch ihrerseits kein Recht der gesetzlichen Erbfolge in dem Vermögen solcher Kinder zusteht.

§. 752.

II. Gesetzliches Erbrecht legitimirter Kinder.

Außer der Ehe geborne und durch nachher erfolgte Vermählung ihrer Eltern legitimirte Kinder; wie auch diejenigen, welchen, ungeachtet eines bei der Verehelichung ihrer Eltern bestandenen Hindernisses, die besondere Begünstigung des §. 160 zukommt, genießen unter den in eben diesem §. 160 und §. 161 enthaltenen Beschränkungen auch in Rücksicht der gesetzlichen Erbfolge die Rechte ehelicher Kinder.

1. Die unehelichen Kinder sind im allgemeinen nach §. 165 von den Rechten der Familie und der Verwandtschaft ausgeschlossen, werden aber, im Falle einer stattgefundenen Legitimation den ehelichen Kindern in rechtlicher Beziehung (wenn auch nicht völlig) gleichgehalten. Unser b. G. B. kennt, wie schon Bd. I, S. 270 d. W. angeführt wurde, drei Arten der Legitimation: als unmittelbare Folge der gesetzlichen Anordnung (des §. 160), durch nachfolgende Ehe (§. 161) und durch Begünstigung des Landesfürsten (§. 162). Die auf die erste und zweite Art

---

[1]) Nach §. 13 des Ehegef. dürfen zwei Personen, deren miteinander begangenener Ehebruch gerichtlich erwiesen ist, miteinander keine Ehe schließen.

legitimirten Kinder werden nach den eben angeführten §§. 160 und 161 „als eheliche angesehen", „unter die ehelich erzeugten gerechnet"; sie genießen daher auch gleiches gesetzliches Erbrecht wie diese, und kommen demnach sammt ihren Abstämmlingen nach den §§. 732 u. ff. zu behandeln.

2. Das Intestaterbrecht der in solcher Weise legitimirten erstreckt sich nicht bloß auf das Vermögen der legitimirenden Eltern, sondern auch auf das der übrigen Verwandten (Großeltern und Seitenverwandten), weil die gedachten Personen in die Familie ihrer Eltern eintreten, also gleich wahren Familiengliedern zu betrachten sind.

3. Eine Beschränkung ihres Erbrechtes (welche sich aber eigentlich nicht auf die Intestaterbfolge bezieht) findet nur darin statt, daß a) die nach §. 160 legitim[illegible]ten Kinder, deren einem oder beiden Elterntheilen die schuldlose Unwissenheit des E[illegible]hindernisses zu Statten kömmt, von der Erlangung desjenigen Vermögens ausgeschlossen bleiben, welches durch Familien-Anordnungen der ehelichen Abstammung besonders vorbehalten ist (wie z. B. Lehen, Fideicommisse, Familienstiftungen) und b) daß die durch nachfolgende Ehe ihrer Eltern legitimirten Kinder den in einer inzwischen bestandenen Ehe erzeugten ehelichen Kindern die Eigenschaft der Erstgeburt (die aber eben auch nur in Beziehung auf Fideicommisse u. dgl. von Wichtigkeit ist) und andere bereits erworbene Rechte nicht streitig machen können (§. 161).

§. 753.

Einem unehelichen, durch die Begünstigung des Gesetzgebers legitimirten Kinde kommt auf die väterliche Verlassenschaft nur dann ein gesetzliches Erbrecht zu, wenn es auf Ansuchen des Vaters, um gleiche Rechte mit den ehelichen Kindern in dem frei vererblichen Vermögen zu genießen, legitimirt worden ist.

. Hinsichtlich der Legitimation durch die Begünstigung des Landesfürsten ist bereits Bd. I, S. 274 d. W. erinnert worden, daß einerseits der Vater selbst sein Ansuchen darauf beschränken kann, daß dem legitimirten Kinde nur seine Standesvorzüge, nicht auch die Rechte an dem frei vererblichen Vermögen zu Theil werden, und daß es anderseits auch dem allerhöchsten Gesetzgeber vorbehalten bleibt, seiner Begünstigung die ihm beliebigen Gränzen zu ziehen. Ist das eine oder das andere der Fall gewesen, so steht dem also legitimirten Kinde gar kein Intestaterbrecht in das Vermögen seines Vaters zu. Wurde dagegen die Legitimation ohne die gedachte Einschränkung angesucht und bewilligt, so gebührt dem Legitimirten gleiches Erbrecht mit den ehelichen Kindern in Beziehung auf den frei vererblichen Nachlaß seines Vaters.

2. Von demjenigen Vermögen, welches durch Familien-Anordnungen der ehelichen Nachkommenschaft insbesondere vorbehalten ist, bleiben jedoch solche Kinder in jedem Falle ausgeschlossen.

3. Auch hat die gedachte Begünstigung nach dem Schlußsatze des §. 162 in Rücksicht auf die übrigen Familienglieder keine (unmittelbare) Wirkung (s. Bd. I, S. 275 d. W.). Das Erbrecht der per rescriptum principis legitimirten Kinder ist also ein viel beschränkteres, als bei den anderweitigen Legitimationsfällen (s. oben).

4. Die uneheliche Mutter eines Kindes kann zwar allerdings auch um dessen Legitimation ansuchen (s. Bd. I, S. 274 d. W.), allein diese kann hinsichtlich des Intestaterbrechtes in Beziehung auf den mütterlichen Nachlaß keine Wirksamkeit äußern, da nach §. 754 den unehelichen Kindern ohnehin bei der gesetzlichen Erbfolge in das frei vererbliche Vermögen ihrer Mutter gleiche Rechte mit den ehelichen zukommen. Es ist daher erklärbar, warum der §. 753 nur vom „Vater" und von der „väterlichen Verlassenschaft" spricht [1]).

---

[1]) S. Schuster (D. M.), Beiträge zur Hermeneutik des a. b. G. B. in der Zeitschrift für österr. Rechtsgel. 1830, I., S. 332.

§. 754.

III. [Erbrecht] der unehelichen Kinder.

In Rücksicht auf die Mutter haben uneheliche Kinder bei der gesetzlichen Erbfolge in das frei vererbliche Vermögen gleiche Rechte mit den ehelichen. Zu dem Nachlasse des Vaters und der väterlichen Verwandten, dann der Eltern, Großeltern und übrigen Verwandten der Mutter gebührt den unehelichen Kindern keine gesetzliche Erbfolge.

1. Die unehelichen, nicht legitimirten Kinder stehen nach unserem Gesetze nur mit ihrer Mutter in einer so innigen Verbindung, daß ihnen auch ein gesetzliches Erbrecht in das Vermögen derselben zusteht. Sie sind dießfalls, insofern es sich um das frei vererbliche Vermögen handelt, den ehelichen Kindern gleichgestellt, erben daher so wie diese, ohne Unterschied, ob sie mit ehelichen Abstämmlingen concurriren oder nicht, und ob sie von einer ledigen, verwitweten oder verheirateten Frauensperson zur Welt gebracht sind.

2. Dagegen ist ihr Successionsrecht auf die Person der Mutter beschränkt; sie haben also keinen Anspruch auf den Nachlaß ihres Vaters, wenn sie von diesem auch freiwillig anerkannt wurden, oder wenn er der Vaterschaft gerichtlich überwiesen worden wäre (vgl. §§. 163 u. 164). Noch weniger gebührt ihnen eine gesetzliche Erbfolge in das Vermögen der übrigen väterlichen oder mütterlichen Verwandten, und sie treten auch nicht, wie die eheliche Descendenz, hinsichtlich des Erbrechtes an die Stelle ihrer verstorbenen Mutter, können also weder ihre Großeltern noch ihre Geschwister ab intestato beerben.

3. Ist ein uneheliches Kind vor seiner Mutter, aber mit Hinterlassung von ehelichen Nachkommen gestorben, so gebührt diesen letzteren allerdings ein Intestaterbrecht in das Vermögen ihrer Großmutter; denn bezüglich der Mutter haben die unehelichen Kinder ein gleiches gesetzliches Erbrecht wie die ehelichen, und können es daher auch, wie diese, auf ihre eheliche Abstammung (nach §. 732) übertragen. Letztere tritt in das Recht ihres Elterntheiles ein, und hat somit zwar kein Erbrecht zu dem Nachlasse solcher Personen, welche auch der verstorbene Ascendent, vermöge seiner unehelichen Geburt, nicht beerbt haben würde, wohl aber hinsichtlich jener Person (der unehelichen Großmutter) auf deren Verlassenschaft dieser, ungeachtet der erwähnten Eigenschaft, einen Anspruch gehabt hätte, wenn er am Leben geblieben wäre [1]).

§. 755.

IV. [Erbrecht] der Wahlkinder.

Wahlkinder haben bei der gesetzlichen Erbfolge in das frei vererbliche Vermögen desjenigen, welcher sie an Kindes Statt angenommen hat, ein gleiches Recht, wie die ehelichen Kinder. In Rücksicht der Verwandten desselben oder des Ehegatten, ohne dessen Einwilligung die Annahme geschehen ist, steht ihnen kein Erbrecht zu. Sie behalten aber das gesetzliche Erbrecht in dem Vermögen ihrer natürlichen Eltern und Verwandten (§. 183).

1. Wahlkinder sind Mitglieder zweier Familien; sie treten nämlich durch die Annahme an Kindesstatt in die Familie des Wahlvaters oder der Wahlmutter ein, verlieren aber auch die Rechte ihrer eigenen Familie nicht (§. 183); es gebührt ihnen daher auch ein zweifaches gesetzliches Erbrecht.

2. In das Vermögen des Wahlvaters oder der Wahlmutter, oder beider, wenn die Annahme an Kindesstatt mit beiderseitiger Einwilligung erfolgte (Hfd. v.

---

[1]) Katharina F., geborne Sch., starb als Witwe ohne eheliche Kinder. Sie hatte jedoch früher eine außereheliche Tochter Elisabeth Sch. gehabt, die an K. verheiratet, und noch vor ihrer Mutter mit Rücklassung des ehelichen Sohnes Johann K. mit Tode abgegangen war. Dieser trat nun gegen den Curator der unbekannten gesetzlichen Erben der Katharina F., seiner Großmutter, als Kläger auf, und bat um Anerkennung seines gesetzlichen Erbrechtes. Seiner Klage wurde mit Urtheil des n. ö. Appellationsgerichtes vom 17. November 1846, Z. 14245, stattgegeben, und dieses Erkenntniß von der k. k. obersten Justizstelle unterm 3. März 1847, Z. 999, bestätigt (allg. österr. Ger. Ztg. 1852, Nr. 81). — Vgl. auch den Aufsatz von M. Damianitsch: Einige Fragen über das Erbrecht unehelicher Kinder, als Beitrag zu den §§. 754, 670, 617 des b. G. B. (Jurist, Bd. 10, S. 109).

21. April 1820, Nr. 1659 der J. G. S.), succediren die Wahlkinder gleich den ehelichen Kindern, also nach den Grundsätzen des §. 732, und zwar selbst dann, wenn sie mit leiblichen ehelichen Kindern concurriren sollten, was z. B. allerdings möglich wäre, wenn den Wahleltern nach geschehener Adoption noch ein eheliches Kind geboren würde. In Concurrenz mit den (leiblichen) Eltern und anderweitigen Verwandten des Wahlvaters oder der Wahlmutter würde das Wahlkind dieselben sogar gänzlich ausschließen, da es in die erste Linie der gesetzlichen Erben eingereiht ist, während die Ascendenten und deren Abstämmlinge erst in den folgenden Linien stehen [1]). Von dem durch besondere Anordnungen der ehelichen Abstammung vorbehaltenen Vermögen (Lehen, Fideicommissen, Familien-Stiftungen) bleiben sie dagegen ausgeschlossen, weil das bloß zwischen den Wahleltern und den Wahlkindern geschlossene Uebereinkommen den Rechten dritter Personen nicht zu nahe treten darf (s. Bd. I, S. 301 d. W.).

3. Hinsichtlich des Ehegatten, ohne dessen Einwilligung die Annahme an Kindesstatt geschehen ist, dann hinsichtlich der Verwandten des Adoptirenden steht dem Wahlkinde kein Erbrecht zu, weil es eben mit diesen Personen in keine unmittelbare Verbindung getreten ist [2]).

4. Die Geltendmachung des Erbrechtes in das Vermögen der Wahleltern setzt jedoch voraus, daß das Wahlverhältniß nicht wieder aufgehoben wurde (§. 185), und daß nicht schon ursprünglich in dem Adoptionsvertrage etwas anderes bestimmt wurde (§. 184).

5. Stirbt das Wahlkind vor den Wahleltern mit Hinterlassung ehelicher Nachkommen, so treten diese in Ansehung des Erbrechtes allerdings an seine Stelle (§§. 733 und 734), da nach §. 183 zwischen den Wahleltern und dem Wahlkinde „und dessen Nachkommen" gleiche Rechte wie zwischen den ehelichen Eltern und Kindern stattfinden. Keineswegs würde aber dieß von einem Wahlkinde gelten, welches der Adoptirte hinterlassen hat, weil dieses nicht unter den Begriff der „Nachkommen" subsumirt werden kann.

6. Durch die Annahme an Kindesstatt gehen, wie schon oben erinnert wurde, die dem Wahlkinde zustehenden Rechte seiner eigenen Familie nicht verloren (§. 183); es behält also nicht nur sein gesetzliches Erbrecht in dem Vermögen seiner natürlichen Eltern und Verwandten, sondern hat auch auf die seiner Familie angehörigen Lehen, Fideicommisse und Stiftungen nach wie vor Anspruch.

§. 756.

V. Erbrecht der Eltern in Rücksicht der in den §§. 752—754 erwähnten Kinder.

Den Eltern kommt auf den Nachlaß ihrer legitimirten, oder von dem Gesetze besonders begünstigten unehelichen Kinder eben das wechselseitige Recht zu, welches den Kindern auf den Nachlaß ihrer Eltern eingeräumt worden (§§. 752—754). In dem Vermögen eines unehelich gebliebenen Kindes gebührt nur der Mutter die Erbfolge; der Vater, alle Großeltern und andere Verwandte des Kindes sind davon ausgeschlossen. Auch die Wahleltern haben kein gesetzliches Erbrecht auf die Verlassenschaft des Wahlkindes; sie fällt nach der gesetzlichen Erbfolge dessen Verwandten zu.

1. Die aus der gesetzlichen Erbfolge entspringenden Rechte sind, wie der Eingang des §. hervorhebt, und wie sich schon aus den Bestimmungen der §§. 732 bis 750 entnehmen ließ, in der Regel wechselseitig. Dieses Princip ist denn auch bezüglich des Erbrechtes der Eltern und anderweitigen Verwandten in dem Vermögen der in den §§. 752 bis 754 aufgeführten Kinder im Gesetze festgehalten.

2. Was zuvörderst die durch nachfolgende Ehe ihrer Eltern legitimirten Kinder (§§. 161 und 752) und diejenigen anbelangt, welchen, ungeachtet eines bei

---

[1]) S. meinen Aufsatz: Ueber die Collision des Erbrechtes der Wahlkinder mit dem Erbrechte der Eltern des Wahlvaters oder der Wahlmutter (Zeitschr. f. öst. Rechtsgel. 1847, I., S. 75).

[2]) Allerdings äußert aber die Annahme an Kindesstatt einen mittelbaren Einfluß auf die gedachten Personen. Vgl. Bd. I, S. 301, Z. 6 d. W.

der Verehelichung ihrer Eltern bestandenen Hindernisses, die besondere Begünstigung des Gesetzes (des §. 160) zukommt (§. 752), so gebührt den Eltern derselben nach dem klaren Wortlaute des vorstehenden §. hinsichtlich ihres Vermögens ein gleiches gesetzliches Erbrecht wie den ehelichen Eltern in das Vermögen ihrer ehelichen Kinder (also nach §. 735). Dieses Recht erstreckt sich auch auf die an die Stelle der Eltern tretenden Nachkommen derselben (§§. 735—737) und auf die Großeltern und deren Abstämmlinge (§§. 738—750); denn die durch nachfolgende Ehe legitimirten oder vom Gesetze besonders begünstigten Kinder sind durch die §§. 160, 161 und 752 den ehelichen gleichgestellt, sie gehören „zur Familie" ihrer Eltern, es muß also auch den übrigen Familiengliedern ein gleiches Erbrecht in das Vermögen derselben zustehen, wie wenn sie wirklich „ehelich" wären. Ueberdieß heißt es im Eingange des §. 756, daß das Erbrecht der in Frage stehenden Eltern und Kinder ein wechselseitiges sei. Diese Anordnung kann sich, wie schon Winiwarter (bürgl. Recht, Bd. 3, S. 310) hervorhebt, nicht auf die Größe des Erbtheiles beziehen, welche nach den übrigen Regeln der gesetzlichen Erbfolge bestimmt wird, sondern sie muß von der Erbberechtigung selbst verstanden werden. Nun ist aber oben (S. 341) dargethan worden, daß die gedachten Kinder nicht bloß in das Vermögen ihrer Eltern, sondern auch in jenes ihrer Großeltern und Seitenverwandten ab intestato succediren, es muß also das nämliche auch in umgekehrter Richtung gelten [1]).

3. Die durch Begünstigung des Landesfürsten legitimirten Kinder haben nur ein Erbrecht auf die väterliche Verlassenschaft [2]) (§. 753), in Rücksicht auf die übrigen Familienglieder hat diese Begünstigung keine (unmittelbare) Wirkung (§. 162); in dem Vermögen eines auf diese Art legitimirten Kindes gebührt daher auch nur dem Vater die Erbfolge; alle Großeltern und andere Verwandte des Kindes sind davon ausgeschlossen. Einige Schriftsteller [3]) wollen übrigens nicht einmal dem Vater das eben erwähnte Erbrecht zugestehen, da sich im §. 756 der Ausdruck „legitimirte" Kinder nur auf die „durch nachfolgende Ehe" legitimirten beziehe, da die in Frage stehende Legitimation nur das Wohl des legitimirten Kindes, nicht das seines Vaters bezwecke, und da diese Art der Legitimation mit der Adoption die meiste Aehnlichkeit hat, Adoptiveltern aber, wie sich unten (Z. 5) zeigen wird, kein gesetzliches Erbrecht auf die Verlassenschaft des Wahlkindes haben. Hiergegen läßt sich aber bemerken [4]), daß der Ausdruck „legitimirt" sich auf alle Arten der Legitimation, mithin auch auf jene durch Begünstigung des Landesfürsten, beziehen müsse, weil sonst über das Erbrecht in das Vermögen dieser Kinder gar nichts im Gesetze bestimmt, mithin eine Lücke in demselben vorhanden wäre; daß ferner der §. 756 auf die §§. 752—754, mithin auch auf den §. 753 Bezug nimmt, welcher gerade von dem Erbrechte der durch Begünstigung des Landesfürsten legitimirten Kinder handelt; daß die gedachte Art der Legitimation zwar allerdings zunächst den Vortheil der Kinder im Auge hat, daß aber dadurch immerhin auch ein Verhältniß zwischen dem legitimirten Kinde und seinem Vater hergestellt wird, welches ein wechselseitiges Erbrecht zur Folge hat; daß endlich die fragliche Art der Legitimation von der Adoption denn doch in wesentlichen Punkten verschieden ist,

---

[1]) Dr. Mich. Schuster (in seinen Beiträgen zur Hermeneutik des a. b. G. B. in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1830, I., S. 323) meint zwar, daß sich diese Ansicht aus dem Wortlaute des §. 756 nicht erweisen lasse, gesteht aber zu, daß sie einstimmig von allen Rechtsgelehrten angenommen sei, und erklärt es selbst für seine innere Ueberzeugung, „daß die eigentliche Absicht des Gesetzes dahin gerichtet sein mag, den durch die nachfolgende Ehe der Eltern, und durch die Begünstigung des Gesetzes legitimirten Kindern gegen die Eltern, Großeltern und andere Verwandte, dagegen auch letzteren gegen erstere das gesetzliche Erbrecht einzuräumen."

[2]) Auf die mütterliche Verlassenschaft gebührt ihnen ein solches nicht erst in Folge der Legitimation, sondern schon als unehelichen Kindern (s. S. 342 d. W.).

[3]) Scheidlein in seinen Miscellen aus dem Gebiete der bürgerlichen und der mit derselben verwandten politischen Gesetzgebung des österreichischen Kaiserstaates (Wien 1820) Hft. 2, S. 12, und der Recensent von Nippel's Erläuterung der gesetzlichen Bestimmungen über den Pflichttheil in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1828, III., S. 364.

[4]) S. Nippel, Erläut. Bd. 5, S. 32. — Winiwarter, bürgl. Recht, Bd. 3, S. 307.

wie sich aus der Vergleichung dieser beiden Rechtsinstitute von selbst ergibt, und daß der Gesetzgeber, wenn dieß sein Wille gewesen wäre, gewiß dem legitimirten Vater das Erbrecht ebenso ausdrücklich abgesprochen hätte, wie es in Ansehung der Wahleltern wirklich geschehen ist.

4. Unehelich gebliebene Kinder haben bei der gesetzlichen Erbfolge nur in Rücksicht auf die Mutter gleiche Rechte mit den ehelichen; es kann also umgekehrt auch nur der Mutter ein Recht zur Erbfolge in dem Vermögen ihres unehelichen Kindes gebühren.

5. Von der Wechselseitigkeit des Erbrechtes findet nur bei den Wahleltern eine Ausnahme statt, indem ihnen nach dem Schlußsatze des §. 756 kein gesetzliches Erbrecht auf die Verlassenschaft des Wahlkindes gebührt. Der Grund dieser Anordnung mag wohl darin gelegen sein, daß das Adoptivverhältniß nur dem Adoptirten zum Vortheile gereichen, und die Rechte dritter Personen — nämlich der Verwandten des Wahlkindes — nicht beeinträchtigen soll.

§. 757.

VI. Gesetzliches Erbrecht des Ehegatten.

Dem überlebenden Ehegatten des Erblassers gebührt, ohne Unterschied, ob er ein eigenes Vermögen besitze oder nicht, wofern drei oder mehrere Kinder vorhanden sind, mit jedem Kinde ein gleicher Erbtheil; wenn aber weniger als drei Kinder vorhanden sind, der vierte Theil der Verlassenschaft zum lebenslangen Genusse; das Eigenthum davon bleibt den Kindern.

1. Die innige Verbindung, welche durch das eheliche Verhältniß begründet ist, hat die meisten Gesetzgebungen älterer und neuerer Zeit dazu bestimmt, auch dem überlebenden Ehegatten ein mehr oder minder beschränktes Intestaterbrecht zuzugestehen. So verfügt die Const. un. Cod. (6, 18) auf Grundlage des Ed. unde vir et uxor (vgl. fr. un. Dig. 38, 11): Maritus et uxor ab intestato invicem sibi in solidum pro antiquo jure succedant, quoties deficit omnis parentum liberorumve seu propinguorum legitima vel naturalis successio fisco excluso. Später wurde das Erbrecht der überlebenden Ehegattin von Justinian durch die Nov. 53 cap. 6 und die Nov. 117 cap. 5 dahin erweitert, daß ihr, wenn sie keine dos erhalten hat und arm ist, an dem Vermögen des wohlhabenden Mannes auch in Concurrenz mit Kindern, oder anderen Verwandten desselben der Anspruch in der Regel auf den vierten Theil des Nachlasses (in Concurrenz mit den Kindern, wenn deren drei oder mehrere sind, nur auf eine Virilportion) zugestanden wurde; und zwar erhält sie hiervon, wenn die zurückgebliebenen Kinder ihre eigenen sind, den lebenslangen Fruchtgenuß, sonst das volle Eigenthum. Verschieden hiervon war das Erbrecht der Ehegatten nach deutschem Gewohnheitsrechte und nach den vielfältigen statutarischen Bestimmungen, welche dieses zu fixiren suchten [1]). In Oesterreich galt insbesondere, daß der überlebende Ehegatte nur das ihm durch Heiratsbrief für den Fall des Ueberlebens zugedachte erhalten, außer diesem Falle aber kein Erbrecht in dem Vermögen des verstorbenen Ehetheiles haben sollte. Anders verfügte die schon oben angeführte Erbrechtsordnung außer Testament v. 28. Mai 1729 (Codex austr. Suppl. I, S. 952). Nach §. 4, Tit. 14 derselben fällt dem überlebenden Ehegatten, wenn er in der ehelichen Liebe und Treue bis in den Tod verharrte, und keine Blutsverwandten vorhanden sind, der ganze Nachlaß des Verstorbenen zu. Sind dagegen erbfähige Blutsverwandte vorhanden, so kömmt zu unterscheiden, ob sie Kinder des Erblassers oder andere Verwandte sind. Im letzteren Falle erhält der Ehegatte, wenn sein anständiger Unterhalt nicht gedeckt ist, und der Verstorbene vermöglich war, den vierten Theil des Nachlasses zum vollen Eigenthume; im ersten Falle bekömmt er, wenn drei oder weniger Kinder zurück-

---

[1]) S. Mittermaier, a. a. O. §. 441, Bd. 2, S. 538.

geblieben sind, den vierten Theil, wenn deren mehrere vorhanden sind, einen gleichen Kindestheil, jedoch nicht in das volle Eigenthum, welches den Kindern bleibt, sondern nur zum lebenslangen Fruchtgenusse. Diese Bestimmungen gingen, mit einigen Modificationen, auch in das o. a. Pat. v. 11. Mai 1786, Nr. 548 der J. G. S., über, und wurden mit Beseitigung aller provinziellen Verschiedenheiten (die z. B. in Böhmen, Mähren, Tirol u. s. f. bestanden hatten)[1] zum gemeinschaftlichen Besten der Unterthanen in den gesammten deutschen Erbländern ohne Unterschied der Stände eingeführt. Nach §. 24 dieses Pat. gebührt dem überlebenden Ehegatten, „ohne Unterschied, ob er ein Vermögen besitze oder nicht, insolange er nicht zur zweiten Ehe schreitet, wofern drei oder mehrere Kinder vorhanden sind, von dem rückgebliebenen Vermögen zu seinem Unterhalte mit jedem Kinde gleicher Genußtheil; falls aber keine, oder weniger als drei Kinder vorhanden sind, der Genuß von dem vierten Theile des hinterlassenen Vermögens“. Das westgalizische Gesetzbuch hat an den hier erörterten Verfügungen wieder einige Abänderungen vorgenommen; die Verwirkung des Erbrechtes im Falle einer Wiederverehelichung wurde nämlich aufgehoben, dem Gatten in Concurrenz mit andern Verwandten des Erblassers als mit dessen Kindern das unbeschränkte Eigenthum auf den vierten Theil des Nachlasses (wie in dem Pat. v. J. 1720) zugesprochen, bei dem Vorhandensein von Kindern aber (ohne Unterschied ihrer Zahl) ein „mit jedem Kinde gleicher Erbtheil zum lebenslänglichen Genusse“ zugewiesen (Thl. II, §. 557). Hieraus gingen endlich die Bestimmungen unseres b. G. B. hervor; dasselbe blieb dem durch mehr als ein Jahrhundert feststehenden Grundsatze getreu, daß dem überlebenden Ehegatten in Concurrenz mit Kindern des Erblassers nicht das Eigenthum, sondern nur der lebenslange Fruchtgenuß seines Erbtheiles gebühren solle, kehrte aber rücksichtlich der Ausmessung desselben wieder zu den Bestimmungen der Gesetze v. J. 1720 und 1786 zurück, vermöge welcher der Gatte höchstens den vierten Theil des Nachlasses, wenn aber mehr als drei Kinder vorhanden sind, eine s. g. portio virilis, „einen gleichen Kindestheil, einen mit jedem gleichen Genußtheil“ erhalten soll.

2. Demzufolge gebührt dem überlebenden Ehegatten ein Erbrecht ohne Unterschied, ob er eigenes Vermögen besitze oder nicht; doch hat ein aus seinem Verschulden geschiedener Ehegatte nach §. 759 keinen Anspruch, und hätte gar eine Trennung der Ehe stattgefunden, so kann der getrennte Ehegatte, eben weil er kein Ehegatte mehr ist, auf keinen Fall ein Erbrecht für sich geltend machen (§. 1266); dieß gilt auch dann, wenn eine gemischte Ehe nur rücksichtlich des nicht katholischen Ehegatten als getrennt, rücksichtlich des katholischen aber nur als von Tisch und Bett geschieden zu betrachten ist. Auch der katholische Theil kann in einem solchen Falle, obgleich er an der Aufhebung des ehelichen Bandes für schuldlos erkannt wurde, auf die gesetzliche Erbfolge nach §. 757—759 des a. b. G. B. keinen Anspruch machen (§. 70 des Eheges. f. Katholiken v. 8. October 1856); ebensowenig gebührt dem Ehegatten ein Erbrecht in dem Falle des §. 160, wenn ihm auch die schuldlose Unwissenheit des in der Folge nicht gehobenen Ehehindernisses zu Statten käme[2]).

3. Nach §. 13 des Ehegesetzes für Katholiken v. 8. October 1856, Nr. 185 des R. G. Bl., dürfen zwei Personen, deren mit einander begangener Ehebruch erwiesen ist, mit einander keine Ehe schließen. Wenn nun eine Verbindung, welche mit Uebertretung dieser Vorschrift geschlossen ist, nach dem Kirchengesetze dennoch als eine giltige Ehe angesehen werden müßte, so können die Ehegatten die ihnen nach

---

[1]) Vgl. den trefflichen Aufsatz v. Dr. J. v. Würth: Ueber das gesetzliche Erbrecht des überlebenden Ehegatten in den Fällen des §. 757 des b. G. B. (allg. österr. Ger. Ztg. 1854, Nr. 133—136), und Dr. Franz Petruschka: Noch ein Beitrag zur Erläuterung des §. 757 des a. b. G. B. (Haimerl's Mag. Bd. 6, S. 347).

[2]) S. Nippel, Erläut. Bd. 5, S. 36.

§§. 757—759 des a. b. G. B. zukommenden Erbrechte nicht geltend machen (§. 34 des Ehegesetzes).

4. Sind von dem verstorbenen Ehegatten Kinder zurückgeblieben, so tritt die Verfügung des §. 757 in Wirksamkeit. Hierbei ist es gleichgiltig, ob es Kinder des ersten Grades, oder entferntere Abstämmlinge, ob sie mit dem überlebenden Gatten gezeugt, oder aus einer früheren Ehe entsprossen, ob es eheliche oder (nach §§. 160 und 161) legitimirte, leibliche oder Adoptivkinder sind, wofern ihnen nur ein Intestaterbrecht in dem Nachlasse des Verstorbenen zukömmt. Durch Begünstigung des Landesfürsten (nach §. 162) legitimirte Kinder kommen bei der Erbfolge in das Vermögen des Vaters, und selbst unehelich gebliebene (nach §. 754), wenn es sich um den Nachlaß der Mutter handelt, in Betrachtung[1]; jene dagegen, welche zu erben unfähig sind, können nicht in Anschlag gebracht werden (s. S. 334 d. W.). Bei der näheren Bestimmung des dem überlebenden Gatten in solchem Falle gebührenden Anspruches kommt es nun sowohl auf das Quale, als auf das Quantum desselben an.

5. In der ersteren Beziehung wurde von jeher angenomen, daß der Ehegatte, wenn er mit Kindern des verstorbenen Ehetheiles zusammentrifft, immer nur den lebenslangen Fruchtgenuß eines bestimmten Theiles der Verlassenschaft, niemals aber ein Eigenthum desselben anzusprechen habe, sondern daß dieses den Kindern verbleibe. Die Richtigkeit dieser Ansicht, welche durch mehr als vierzig Jahre weder von der Theorie noch von der Praxis in Zweifel gezogen wurde, findet ihre Begründung in dem historischen Entwicklungsgange unseres Erbrechtes, wie sich aus dem Z. 1 vorausgeschickten entnehmen läßt. Der erste ist Herr J. Grünberg[2]) mit der Behauptung aufgetreten, „daß dem überlebenden Gatten, wenn er mit drei oder mehreren Kindern concurrirt, der ihm im §. 757 gleich jedem Kinde zugewiesene Erbtheil nicht etwa bloß zum Fruchtgenusse, sondern zum wirklichen Erbeigenthume gebühre, und daß er nach eben diesem §. mit einem Fruchtgenusse nur dann vorlieb nehmen müsse, wenn er mit zwei Kindern, oder nur mit einem in der gesetzlichen Erbfolge concurrirt." Die hauptsächlichsten Gründe, auf welche diese Ansicht gestützt wird, bestehen in folgendem: a) Das Gesetz spricht dem Ehegatten einen Erbtheil zu; das Erbrecht ist aber das Recht, die ganze Verlassenschaft, oder einen in Beziehung auf das Ganze bestimmten Theil derselben in Besitz zu nehmen; unter Erbtheil kann demnach nur derjenige Theil des Nachlasses verstanden werden, der jemandem in das unbeschränkte Eigenthum zufällt, wie der §. 758 paraphrasirt; dieß kann b) umsoweniger einem Zweifel unterliegen, als das Gesetz den Erbtheil des Ehegatten dem Erbtheile der Kinder gleichstellt, diesen aber unläugbar das volle Eigenthum ihrer Antheile gebührt; wie wäre es daher möglich, von einer Gleichstellung zu reden, wenn der Gatte nur den Fruchtgenuß, die Kinder dagegen das Eigenthum erhielten? c) Die Schlußverfügung des §. 757, daß nämlich das Eigenthum den Kindern bleibe, bezieht sich nur auf den zweiten Satz desselben, wenn nämlich weniger als drei Kinder vorhanden sind, nicht auch auf den ersten Satz, der durch einen Strichpunkt von jenem getrennt ist, während im entgegengesetzten Falle bloß ein Beistrich hätte angewendet werden müssen. d) Bei der gegentheiligen Auslegung wäre zwischen dem ersten und zweiten im §. 757 normirten Falle kein Gegensatz vorhanden, der doch durch die Partikel „aber" angedeutet wird; denn in beiden Fällen erhielte der Gatte nur den Fruchtgenuß seines Antheiles. e) Das Gesetz bestimmt, daß der Gatte mit jedem Kinde einen gleichen Erbtheil erhalten soll; er muß also auch als Erbe mitgezählt werden, sonst wäre

---

[1]) S. M. Damianitsch: Civilrechtsfall über das Erbrecht des Ehegatten in Concurrenz mit Kindern, nach §. 757 des a. b. G. B. (Jurist, Bd. 6, S. 363).

[2]) Ist es denn wirklich wahr, daß dem in der Intestaterbfolge mit Kindern des verstorbenen Ehetheiles concurrirenden Gatten stets nur der Fruchtgenuß, nie aber ein Eigenthum gebühre? (Haimerl's Mag. Bd. 4, S. 175).

diese Partikel nicht an ihrem Platze. f) Ebenso verfügt der §. 758, daß in den „Erbtheil" des Gatten dasjenige eingerechnet werde, was ihm gemäß der Ehepacten, eines Erbvertrages oder einer letzten Anordnung aus dem Vermögen des andern zukommt; nun ist aber eine Einrechnung nur in eine homogene Größe möglich; deßhalb spricht auch der §. 758 nur von einem Falle des §. 757, nicht von beiden Fällen desselben; endlich g) bezieht sich der Verfasser auch auf den Grund des Gesetzes, welcher in der Liebe, Zuneigung und Dankbarkeit besteht, die Ehegatten einander gewöhnlich zollen. Diese ist aber in der Regel um so größer, je mehr Kinder vorhanden sind, und je weniger es deßhalb wahrscheinlich ist, daß der überlebende Ehetheil noch zu einer neuen Ehe schreiten werde; es ist also anzunehmen, daß das Gesetz denjenigen Ehegatten begünstigen wollte, der mehr Kinder hat, mithin längere Zeit in der ehelichen Gemeinschaft lebte; deßhalb ist ihm für diesen Fall das Eigenthum, sonst aber nur der Fruchtgenuß seines Antheiles zugestanden. — Diese Auslegung hat nun von mehreren Seiten her[1]) den lebhaftesten Widerspruch erfahren, und wir halten sie ebenfalls, vorzugsweise mit Bedachtnahme auf die oberwähnte historische Grundlage unseres b. G. B., für völlig unbegründet. a) Es liegt keineswegs im Begriffe des Erbtheiles, daß dem Erben hierdurch das unbeschränkte Eigenthum desselben eingeräumt werde, sondern dieser Ausdruck bezieht sich vielmehr darauf, daß es sich um eine pars quota, nicht um eine pars quanta der Erbschaft handelt (s. oben S. 138 d. W.), wie aus den §§. 613, 707 und 708 erhellet, welche durchwegs den Erben nur das eingeschränkte Eigenthumsrecht mit den Rechten und Verbindlichkeiten eines Fruchtnießers zusprechen. b) Ist der wahre Begriff des Wortes „Erbtheil" nur der eines aliquoten Theiles der Verlassenschaft, der jemandem kraft des Erbrechtes zufällt, gleichviel ob mit beschränktem oder unbeschränktem Eigenthumsrechte, so ist die Gleichstellung mit den Erbtheilen der Kinder, deren §. 757 erwähnt, nur von der Größe der Antheile (von dem Quantum derselben, worauf auch schon der Ausdruck „Theil" hindeutet) zu verstehen. Hätte der Gesetzgeber dem Ehegatten ein auch in quali gleiches Recht mit den Kindern zugestehen wollen, so hätte er sich wahrscheinlich ähnlicher Ausdrücke bedient, wie sie in den §§. 752, 753, 754 und 755 vorkommen. c) Der erste Satz des §. 757 ist von dem zweiten Satze desselben keineswegs gänzlich abgeschnitten. Dieß zeigt zuvörderst gerade die Anwendung des Strichpunktes, der in unserem Gesetzbuche überall dort gebraucht wird, wo die dadurch getrennten Sätze in wechselseitigem Zusammenhange und in der innigsten Beziehung zu einander stehen (vgl. z. B. die §§. 727, 728, 729, 732—744, 746—750, 752 und viele andere); hätte der Gesetzgeber den ersten Satz vollständig abschließen wollen, so hätte er einen Schlußpunkt (und nicht einen bloßen Strichpunkt) angewendet; dieß war aber um so weniger statthaft, als das Zeitwort „gebührt" offenbar auch zum zweiten Hauptsatze, in dem sonst gar kein Zeitwort vorkömmt, gehört. Sowie daher die Anfangsworte des ersten Satzes auf den zweiten Satz hinabbezogen werden müssen[2]), ebenso müssen auch die Schlußworte des zweiten Absatzes („zum lebenslangen Genuß") zum ersten Satze hinaufbezogen werden. Der Schlußsatz: „das Eigenthum davon bleibt den Kindern," gehört dann offenbar zu beiden, auf das innigste mit einander verbundenen Vordersätzen. d) Der §. 757 berührt zwei Fälle, nämlich wenn der überlebende Ehegatte mit drei oder mehreren Kindern, und wenn er mit weniger als drei Kindern concurrirt. Im ersten Falle wird ihm ein wandelbarer Erbtheil, nämlich eine mit der Zahl der Kinder im Verhältnisse stehende Viril-

---

[1]) S. Dr. J. Weiske: Einige Bemerkungen zum §. 757 des a. b. G. B. (Haimerl's Mag. Bd. 5, S. 163). — Ign. Kabelka: Einige Bemerkungen über das gesetzliche Erbrecht des Ehegatten (ebd. Bd. 5, S. 180). — G. A. Körber: Auch ein Beitrag zur Erläuterung der §§. 757 und 758 des a. b. G. B. (ebd. Bd. 6, S. 44); und der oben angeführte Aufsatz von F. Petruschka. — Unger, Erbr. S. 145, Anmerkg. 6.

[2]) Dasselbe gilt auch von der Nebenbestimmung, daß es nicht darauf ankomme, ob der überlebende Gatte eigenes Vermögen besitzt oder nicht.

portion, im zweiten dagegen ein fixer Antheil (ein Viertheil) der Verlassenschaft zum lebenslangen Genusse zugewiesen. In diesem quantitativ verschiedenen Ausmaße liegt allerdings ein Gegensatz, der durch das Wörtchen „aber" hervorgehoben werden mußte. Das quale des Erbanspruches ist rücksichtlich des Ehegatten für beide Fälle auf die nämliche Weise bestimmt, hinsichtlich der Kinder aber bereits in den §§. 732—734 und 752—755 festgesetzt. e) Der Ehegatte muß bei der Ausmittlung seines eigenen Erbtheiles und des Erbtheiles der Kinder auch nach der von uns vertheidigten Ansicht allerdings mitgezählt werden. Wenn also drei Kinder vorhanden sind, und der Nachlaß 12.000 fl. beträgt, so wird dieser ganz richtig nicht in drei, sondern in vier Theile getheilt, und der Gatte erhält „mit jedem Kinde einen gleichen Erbtheil", nämlich 3000 fl. Ein Unterschied waltet nur darin ob, daß die Kinder das unbeschränkte Eigenthum ihrer Antheile erhalten, während dem Gatten bloß der lebenslange Genuß desselben gebührt, so daß also mit seinem Tode die Erbtheile der Kinder wieder vergrößert werden; allein dieser Umstand hat auf die Theilung nach dem ersten Absatze des §. 757 weiter keinen Bezug. f) Der §. 758 verfügt die Einrechnung dessen, was der überlebende Ehegatte gemäß der Ehepacten, eines Erbvertrages oder einer letzten Anordnung aus dem Nachlasse des Verstorbenen erhält, in den gesetzlichen Erbtheil; es wäre nun wahrhaftig nicht abzusehen, warum diese Einrechnung in dem einen Falle Platz greifen, in dem andern aber ausgeschlossen sein sollte. Daß aber das Gesetz nur von einem Falle des §. 757 spricht, erklärt sich daraus, daß es nur auf die beiden Hauptfälle hindeutet, die in den §§. 757 und 758 vereint sind, nämlich auf „den Fall" der Concurrenz des Ehegatten mit Kindern, und auf den Fall des Zusammentreffens mit andern Verwandten. Der erste Hauptfall begreift allerdings wieder zwei Fälle in sich, die aber in dieser Beziehung (nämlich rücksichtlich der Einrechnung) vollkommen gleich zu behandeln sind. Diese Einrechnung bietet aber auch keine besondere Schwierigkeit dar, denn der Erbtheil des Ehegatten wird, gleichviel ob ihm das unbeschränkte Eigenthum oder bloß der lebenslange Genuß desselben gebührt, wie der eines jeden andern Miterben behandelt. g) Was endlich die Ansicht des Verfassers über den Grund der in Frage stehenden gesetzlichen Anordnungen betrifft, so beruht dieselbe offenbar auf sehr schwankenden Prämissen. Wie häufig steht nämlich die Zahl der überlebenden Kinder durchaus in keinem Verhältnisse mit der Dauer der Ehebandes (wenn z. B. mehrere Kinder vor ihren Eltern gestorben sind, oder die überlebenden aus einer früheren Ehe herstammen); wie oft ist gerade die größere Anzahl der hinterbliebenen Kinder ein Anlaß zur Wiederverehelichung; und wie ließe sich's dann erklären, daß mit der wachsenden Kinderzahl die Erbportion des Gatten immer abnimmt? Auch liegt es am Tage, daß der Gesetzgeber die ihm von Herrn Grünberg unterstellte Absicht weit leichter dadurch hätte erreichen können, daß er den Ehegatten, im Falle er zu einer neuen Ehe schreiten würde, seines Erbtheiles für verlustig erklärte, wie dieß im Pat. v. J. 1786 geschehen war. Der Grund der im §. 757 enthaltenen Verfügung scheint vielmehr, wie Zeiller in seinem Comment. Bd. 2, S. 757 anführt, in der Besorgniß zu liegen, daß durch die Wiederverehelichung des Gatten das Erbgut für die Kinder erster Ehe leicht ganz oder doch großen Theils verloren gehe. Dieser Besorgniß, welche gleichmäßig eintritt, ob viele oder wenige Kinder vorhanden sind, wird ganz zweckmäßig dadurch begegnet, daß dem Gatten nicht das unbeschränkte Eigenthum, sondern nur der lebenslange Genuß eines bestimmten Erbtheiles eingeräumt wird. Hätte das Gesetz von dieser, schon in dem älteren Rechte enthaltenen Bestimmung abgehen wollen, so würde es diese Aenderung, wie an so vielen anderen Stellen, gewiß mit größerer Sorgfalt hervorgehoben, und wie im §. 758 dem Ehegatten in der Concurrenz mit drei oder mehreren Kindern ausdrücklich das „unbeschränkte Eigenthum" zuerkannt haben. Es dürfte demnach die von uns vertheidigte Ansicht als die allein richtige erscheinen.

6. Die zweite Frage, die sich in Ansehung des Erbrechtes der Gatten ergibt,

bezieht sich auf das Quantum des ihnen gebührenden Erbtheiles. Dieses ist, nach dem Vorgange des römischen Rechtes, in der Art begränzt, daß es niemals den vierten Theil der Verlassenschaft übersteigen kann, wohl aber bei einer größeren Anzahl von Kindern (drei oder mehreren) unter dieses Ausmaß herabsinkt. Auch hier wurde niemals gezweifelt, daß bei dem Vorhandensein von drei oder mehreren Kindern dem überlebenden Ehegatten eine s. g. portio virilis, „ein Kindestheil," ein gleicher Antheil mit den Kindern gebühre, daß also der Nachlaß in so viele Theile zu theilen sei, als die um 1 vermehrte Anzahl der Kinder beträgt, wornach in Concurrenz mit drei Kindern dem überlebenden Ehegatten ein Viertheil, in Concurrenz mit vier Kindern ein Fünftheil der Verlassenschaft u. s. w. gebührt. Erst in neuester Zeit wurde die Ansicht rege gemacht, daß der Ehegatte bei der Theilung nicht mitzuzählen, sondern jedem Kinde sein Erbtheil so auszumessen sei, als ob kein Ehegatte vorhanden wäre, und diesem dann ein gleicher Antheil mit den in solcher Weise ausgemittelten Kindestheilen gebühre [1]). Demnach sollte in obigen Fällen der Gatte bei dem Zusammentreffen mit drei Kindern ein Drittheil, bei der Concurrenz mit vier Kindern ein Viertheil u. s. f. erhalten. Die Gründe, auf welche diese Ansicht gestützt wird, beruhen hauptsächlich in folgendem: a) Den Kindern des Erblassers fällt nach §. 732 die ganze Erbschaft zu, und mehrere Kinder theilen dieselbe unter sich nach ihrer Zahl in gleiche Theile. Diese Theilung muß demnach früher vorgenommen werden, als dem Ehegatten sein Antheil ausgemessen wird; sonst wäre es nicht möglich, diesem einen gleichen Antheil mit den Kindern zuzuweisen; bei einem Nachlasse von 12.000 fl. und dem Vorhandensein von drei Kindern entfällt also auf jedes ein Erbtheil von 4000 fl. und ebensoviel (4000 fl. nicht 3000 fl.) gebührt auch dem Gatten zum lebenslangen Genusse. b) Das Gesetz unterscheidet genau die Fälle, wo drei oder mehrere Kinder und wo weniger als drei Kinder vorhanden sind. Nach der gegenseitigen Ansicht erhält aber der Ehegatte bei dem Zusammentreffen mit drei Kindern gerade so viel ($^1/_4$), als wenn nur zwei Kinder, oder gar nur eines mit ihm concurriren; es findet daher, ungeachtet des schon im Ausdrucke des Gesetzes liegenden Gegensatzes kein Unterschied statt, der aber nach der vorgeschlagenen Berechnungsweise (wo der Gatte in Concurrenz mit drei Kindern $^1/_3$ des Nachlasses erhält) allerdings Platz greift. c) Endlich fordert die vom Gesetze ausgesprochene Begünstigung des Ehegatten, daß der qualitativ ohnehin so beschränkte Erbtheil desselben nicht auch noch in quantitativer Beziehung verkümmert werde. — Gegen diese Argumentation glauben wir jedoch nachstehende Bedenken erheben zu können: a) Das Gesetz weist allerdings im §. 732 den ehelichen Kindern des ersten Grades die ganze Erbschaft zu; allein dieß gilt offenbar nur insoweit, als nicht jemandem andern irgend ein Antheil reservirt ist; müssen sie doch unläugbar mit den legitimirten, adoptirten, und wenn es sich um den Nachlaß der Mutter handelt, auch mit den unehelichen Kindern theilen, warum sollte nicht das gleiche bezüglich des Ehegatten eintreten? Der Ausdruck „mit jedem Kinde einen gleichen Erbtheil" deutet offenbar darauf hin, daß der Gatte bei der Ausmessung der Erbtheile gleich den Kindern mitgezählt werde [2]). b) Es läßt sich nicht läugnen, daß das Gesetz den Scheidepunkt rücksichtlich der beiden im §. 757 normirten Fälle richtiger (wie in der Nov. 117) bei vier Kindern angenommen hätte, als bei dreien; allein dieser geringe Verstoß hat sich wahrscheinlich aus dem Pat. v. 11. Mai 1786 eingeschlichen, und auch jetzt noch waltet eine Verschiedenheit darin ob, daß der Gatte in dem einen Falle das $^1/_4$ des Nachlasses als fixes (nicht zu übersteigendes) Quantum, in dem zweiten

---

[1]) Vgl. Reisky (F.): Die Größe des gesetzlichen Erbtheiles des mit Kindern zur Verlassenschaft concurrirenden Ehegatten (allg. österr. Ger. Ztg. 1854, Nr. 99 u. 100).

[2]) S. M. Hawelka: Die Größe des gesetzlichen Erbtheiles des mit drei oder mehr Kindern concurrirenden Ehegatten (allg. österr. Ger. Ztg. 1854, Nr. 113 und 114). — Unger, Erbr. S. 145, Anmerkg. 8. — Wenn ein Erblasser sagt: „B soll mein Erbe sein, C soll einen mit B gleichen Erbtheil zum lebenslangen Genusse erhalten; das Eigenthum davon bleibt dem B;" so wird gewiß jedermann behaupten, daß C die Hälfte des Nachlasses erhalte, denn sonst würde ihm nicht ein mit B gleicher Erbtheil, sondern der Erbtheil des B selbst zum Genusse zugewiesen, was dem Willen des Testators schnurstracks zuwiderliefe.

als Virilportion erhält. Wie sonderbar wäre es auch, wenn das Gesetz dem Ehegatten

bei 1 oder 2 Kindern . . . . $^1/_4$ des Nachlasses,
„ 3 „ . . . . $^1/_3$ „ „
„ 4 „ wieder $^1/_4$ „ „

u. s. f. zugewiesen hätte; was sollte den Gesetzgeber bewogen haben, die natürliche Stufenfolge zu unterbrechen, und dem Gatten gerade bei dem Vorhandensein von drei Kindern den größten Genußtheil ($^1/_3$) zu gewähren? c) Was endlich die von Reisky hervorgehobene Begünstigung des Ehegatten anbelangt, so steht ihr die viel weiter gehende Begünstigung der Kinder hinsichtlich der Intestaterbfolge entgegen; und es dürfte gewiß dem Geiste des Gesetzes nicht entsprechen, wenn der Ehegatte einen größeren Genußtheil erlangte, als jedes einzelne Kind für sich erhält. Dieß würde aber nach der angefochtenen Berechnungsmethode Platz greifen, denn der Gatte bekäme nach derselben bei einem Nachlasse von 12.000 fl. den Genuß von 4000 fl. ($^1/_3$), während jedem der drei Kinder nur 3000 fl. zum Genusse übrig blieben, da sie an den 4000 fl. des Ehegatten einen solchen durchaus nicht anzusprechen haben[1]). Eine solche Vertheilungsweise scheint uns weder mit dem Wortlaute noch mit dem Geiste des Gesetzes im Einklange zu sein; und ebenso auch dem oben angegebenen historischen Entwicklungsgange unseres Rechtes zu widersprechen.

7. Wenn es sich um Ausmittlung des dem Ehegatten zum lebenslangen Genusse zuzuweisenden Erbtheiles handelt, sind nur jene Kinder mitzuzählen, welche zur Zeit des Todes des Erblassers vorhanden (u. erbfähig, s. o. S. 334 d. W.) sind. Allerdings muß aber auch hier der §. 22 zur Anwendung gebracht, mithin, wenn die Witwe im Zustande der Schwangerschaft zurückgeblieben wäre, mit der Vertheilung des Nachlasses bis zu ihrer Entbindung inne gehalten werden. Entferntere Nachkömmlinge werden, sie mögen mit Kindern des ersten Grades concurriren, oder für sich allein erben, nur nach Stämmen in Rechnung gebracht (§§. 559, 733 und 734); denn der §. 757 setzt offenbar, indem er eine durchaus gleiche Theilung anordnet, den Fall des §. 732 voraus, der allerdings am häufigsten eintreten wird, daß nämlich der Gatte nur mit Kindern des ersten Grades concurrirt[2]).

8. Hinsichtlich des dem überlebenden Ehegatten in Concurrenz mit Kindern des Erblassers gebührenden Antheiles ergibt sich noch die weitere, auch praktisch nicht unwichtige Frage, ob derselbe als ein Vermächtniß oder als ein Erbtheil anzusehen sei? Für die erstere Ansicht spricht die in den §§. 532 und 535 enthaltene Begriffsbestimmung, wornach das Erbrecht sich als das ausschließende Recht, die ganze Verlassenschaft oder einen in Beziehung auf das Ganze bestimmten Theil derselben in Besitz zu nehmen, zu erkennen gibt, während es als ein bloßes Vermächtniß erscheint, wenn jemandem eine einzelne Sache, eine Summe oder ein Recht — folglich auch das Recht des Fruchtgenusses, sei es an einer bestimmten Sache oder an einem aliquoten Theile der Verlassenschaft — zugedacht wird. Das Erbrecht ist, wie gesagt, das Recht, einen bestimmten Theil des Nachlasses in Besitz zu nehmen, folglich, wenn die Besitznahme nach den Vorschriften des 15. Hauptstückes (II. Thls.) des a. b. G. B. erfolgt, das Eigenthum desselben zu erwerben. Jedes andere Recht an der Verlassenschaft (als das Recht, das Eigenthum derselben zu erwerben) kann daher nicht unter den §. 532, sondern nur unter §. 535 des a. b. G. B. fallen; da nun der §. 757 am Schlusse dem Ehegatten das Eigenthum seines Antheiles ausdrücklich abspricht, so kann dieser Antheil auch nicht als ein Erbtheil, sondern nur als ein Vermächtniß betrachtet werden[3]). Dennoch scheinen uns die für

---

[1]) S. Gspan (F. E.): Einige Worte über die Berechnung des dem rückgebliebenen Ehegatten bei vorhandenen ehelichen Kindern gebührenden Fruchtgenusses (allg. österr. Ger. Ztg. 1852, Nr. 58).

[2]) S. Unger, Erbr. S. 145, Anmerkg. 5.

[3]) S. Dr. M. Heyßler: Gebührt dem überlebenden Ehegatten, wenn zugleich Kinder vorhanden sind, ein gesetzliches Erbrecht, oder bloß ein Legat des Fruchtgenusses? (Jurist, Bd. 2, S. 77). — Derselben Ansicht ist auch Unger, Erbr. S. 146, Anmerkg 11, und Dr. Jos. Swoboda in seinem Aufsatze: „Ist der Fruchtgenuß des ganzen oder eines aliquoten Theiles der Verlassenschaft eine Erbschaft oder ein Vermächtniß?" in Haimerl's Vierteljahrsschrift Bd. 8, S. 127.

die gegentheilige Ansicht vorgebrachten Gründe das Uebergewicht zu verdienen. Das Pat. v. J. 1720 weist dem überlebenden Gatten einen „Kindestheil“ und zwar zum lebenslangen Fruchtgenusse zu, wenn die Kinder miterben. Der §. 24 des Ehepat. vom 11. Mai 1786 beginnt mit der Verfügung, daß Ehegatten, außer dem im vorausgehenden §. bestimmten Falle, wechselweise an die rechtliche Erbfolge zu dem Vermögen ihrer Gatten keinen Anspruch haben, bestimmt aber im weiteren Verlaufe dennoch, daß dem Ueberlebenden, insolange er nicht zur zweiten Ehe schreitet, wofern drei oder mehrere Kinder vorhanden sind, von dem rückgebliebenen Vermögen zu seinem Unterhalte mit jedem Kinde ein gleicher Genußtheil gebühre. Unser a. b. G. B. hat nur die Eingangsbestimmung des gedachten §. weggelassen, und den Ausdruck „Genußtheil“ in „Erbtheil — zum lebenslangen Genusse“ verwandelt. Es scheint also zur früheren Anschauung wieder zurückgekehrt zu sein. In Uebereinstimmung hiermit wurden die Verfügungen über die Erbsansprüche der Ehegatten in das Hauptstück „von der gesetzlichen Erbfolge“ aufgenommen, die §§. 757—759 mit der Marginalinschrift „Gesetzliches Erbrecht des Ehegatten“ versehen, und der dem überlebenden Ehegatten gebührende Antheil in den §§. 757 und 758 mit dem Ausdrucke „Erbtheil“ bezeichnet. Ebenso sprechen auch die §§. 1258 und 1266 von einer „gesetzlichen Erbfolge“ der Ehegatten. Hierzu kömmt noch, daß Vermächtnisse immer eine giltige letztwillige Anordnung voraussetzen (§. 647), worin die vermachte Sache dem Legatare zugedacht wird (§. 535), während den Ehegatten ihr Erbtheil aus dem Gesetze, auch ohne den erklärten Willen des Erblassers, gebührt, daß endlich auch eine Anrechnung, wie sie der §. 758 bezüglich des Erbtheiles der Ehegatten verfügt, bei Vermächtnissen durchaus nicht vorkömmt[1]). Das Gesetz bezeichnet zwar als Erben allerdings nur denjenigen, der das ausschließende Recht hat, den ganzen Nachlaß oder einen mit Beziehung auf das Ganze bestimmten Theil desselben in Besitz zu nehmen; allein hieraus folgt noch nicht, daß er auch das Eigenthum desselben erwerben müsse; es kann sich sein Recht immerhin auf den bloßen Fruchtgenuß beschränken[2]).

9. Die hauptsächlichsten Folgen aus der Ansicht, daß der überlebende Ehegatte wirklicher Erbe des ihm zugewiesenen Antheiles sei, bestehen darin, daß er sich als Erbe zu erklären hat (§. 799 des a. b. G. B. und §. 121 des Pat. vom 9. August 1854, Nr. 208 des R. G. Bl.), daß ihm sodann die Benützung und Verwaltung des Nachlasses gemeinschaftlich mit den Kindern zu überlassen ist (§. 810); daß ihm der auf ihn entfallende Erbtheil, mit der Beschränkung auf den lebenslangen Fruchtgenuß, eingeantwortet werden muß (§. 819 des a. b. G. B. und §. 174 des o. a. Pat. vom 9. August 1854); daß er sohin auch das Recht hat, gegen seine Miterben auf Theilung des Nachlasses und Zuweisung seines Antheiles nach den Bestimmungen

---

[1]) Deßhalb behauptet auch Winiwarter (bürgl. Recht, Bd. 3, S. 313), daß der dem Ehegatten gebührende Vortheil nicht als ein Vermächtniß anzusehen sei, zumal auch die §§. 690—693 auf denselben keine Anwendung erleiden, und dieser sich verhältnißmäßig vermindert, wenn die Erbtheile der Kinder wegen der Forderungen der Gläubiger kleiner ausfallen, während die Legate durch die Forderungen der Gläubiger nicht vermindert werden, wenn anders die Verlassenschaft nach Abzug der Schulden zur Entrichtung der Vermächtnisse noch zureicht. — Nichtsdestoweniger will aber der Verfasser anderseits das Recht des überlebenden Ehegatten auf den Nachlaß des verstorbenen Ehetheiles nicht als ein Erbrecht anerkennen, wiewohl unser Gesetzbuch nur zwischen den Ansprüchen der Erben und Vermächtnißnehmer unterscheidet, und außer diesen einer dritten Gattung von Rechten nirgends erwähnt.

[2]) Es ist dann freilich ein einzelnes Recht, aber in einer pars quota des Nachlasses, während der §. 635 bei der Definition der Vermächtnisse immer nur eine pars quanta im Auge zu haben scheint. — Vgl. Fr. Zlobitzky: Ueber das Intestaterbrecht des überlebenden Ehegatten in Concurrenz mit Kindern nach den Grundsätzen des österr. b. G. B. (Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1845, I., S. 79). — Noch weiter geht Weiske in seiner o. a. Abhandlung, indem er (S. 178) meint, daß der überlebende Ehegatte wirklich das Eigenthum des ihm zugewiesenen Antheiles erlange, jedoch mit der Beschränkung, daß dasselbe den Kindern „vorbehalten bleibe,“ also nach seinem Ableben wieder an dieselben zurückfalle, während er in Concurrenz mit andern Verwandten nach §. 758 das unbeschränkte Eigenthum des vierten Theiles der Verlassenschaft erhält. So consequent uns eine solche Bestimmung auch schiene, so können wir sie doch in unserem Gesetzbuche nicht begründet finden; denn der Schlußsatz des §. 757 sagt zu deutlich, daß das Eigenthum den Kindern bleibt — (nicht anheimfällt oder vorbehalten bleibt) — und der §. 613 (auf den sich auch die §§. 707 und 708 beziehen) ist wesentlich verschieden stilisirt, indem er dem Fiduciarerben ausdrücklich „das eingeschränkte Eigenthumsrecht mit den Rechten und Verbindlichkeiten eines „Fruchtnießers“ zuweist. — S. auch Unger, Erbr. S. 146, Anmerkg. 10.

des 16. Hptst. II. Thls. unseres a. b. G. B. und der §§. 165—171 des Pat. vom 9. August 1854 zu bringen [1]).

§. 758.

Ist kein Kind, aber ein anderer gesetzlicher Erbe vorhanden, so erhält der überlebende Ehegatte das unbeschränkte Eigenthum auf den vierten Theil der Verlassenschaft. Doch wird sowohl in diesem, als in dem Falle des §. 757 dasjenige, was gemäß der Ehepacten, eines Erbvertrages oder einer letzten Anordnung dem überlebenden Ehegatten aus dem Vermögen des anderen zukommt, in den Erbtheil eingerechnet.

1. Concurrirt der überlebende Ehegatte nicht mit Kindern, wohl aber mit andern gesetzlichen Erben, also mit Ascendenten oder Seitenverwandten des Erblassers, so gebührt ihm jedenfalls, ohne Rücksicht auf die Zahl seiner Miterben, der vierte Theil der Verlassenschaft, und zwar nicht bloß zum lebenslangen Genusse, sondern zum unbeschränkten Eigenthume.

2. Sowohl in diesem, als in dem Falle des vorhergehenden §. 757 beabsichtigt das Gesetz nur, dem überlebenden Ehegatten einen bestimmten Theil des Nachlasses zuzuwenden, wobei es gleichgiltig ist, aus welchem Titel er denselben erhält. Deßhalb verfügt auch der §. 758 die Einrechnung gewisser Empfänge, und zwar zuvörderst alles dessen, was dem überlebenden Ehegatten gemäß der Ehepacten aus dem Vermögen des andern zukömmt. Unter Ehepacten sind nach §. 1217 diejenigen Verträge zu verstehen, welche in Absicht auf die eheliche Verbindung über das Vermögen geschlossen werden; sie betreffen das Heiratsgut, die Widerlage, die Morgengabe, die Gütergemeinschaft, die Verwaltung und Nutznießung des ursprünglichen oder erworbenen Vermögens, den Witwengehalt, die Schenkungen unter Ehegatten, die wechselseitigen Testamente, die Erbverträge und die Fruchtnießung auf den Todesfall. Aber nicht bei allen kann von einer Anrechnung die Rede sein, sondern es muß hierbei auf die einzelnen Fälle Rücksicht genommen werden.

a) Das Heiratsgut ist (nach §. 1218) dasjenige Vermögen, welches von der Ehegattin oder für sie von einem dritten dem Manne zur Erleichterung des mit der ehelichen Gesellschaft verbundenen Aufwandes übergeben oder zugesichert wird. Es fällt nach dem Tode des Mannes der Ehegattin heim (§. 1229); da es aber nicht aus dem Vermögen des Verstorbenen herrührt, so kann es auch keinen Gegenstand der Anrechnung bilden. Stirbt die Frau vor dem Manne, so haben nach dem Gesetze (§. 1229) die Erben derselben darauf Anspruch. Wurde es aber von der Gattin dem Manne vermacht, um ihn von der Rückzahlung desselben zu befreien (§. 669), so kömmt es allerdings einzurechnen. Hat ein dritter, der das Heiratsgut freiwillig bestellte, die Rückerstattung erlassen, so scheint eine Anrechnung nicht Platz zu greifen, da es auch hier dem Manne nicht aus dem Vermögen der Gattin zufällt.

b) Die Widerlage, das ist (nach §. 1230) dasjenige, was der Bräutigam oder ein dritter der Braut zur Vermehrung des Heiratsgutes aussetzt, bildet dann einen Gegenstand der Einrechnung, wenn sie aus dem Vermögen des Mannes herrührt.

c) Die Morgengabe, oder das Geschenk, welches der Mann seiner Gattin am ersten Morgen zu geben verspricht (§. 1232), unterliegt keinesfalls der Anrechnung, weil sie schon während der Ehe fällig war, und wenn sie zur Zeit des Todes noch rückständig ist, gleich einer andern Schuld behandelt werden muß [2]).

---

[1]) Winiwarter (bürgl. Recht, Bd. 3, S. 314) behauptet, der Ehegatte müsse sich in der Regel damit begnügen, daß ihm sein Antheil nach dem Schätzungswerthe der Verlassenschaft in einem bestimmten Betrage ausgemessen werde, und beruft sich dießfalls auf den §. 784; allein dieser handelt von dem Pflichttheile, welcher von dem Notherben gegen den erklärten Willen des Erblassers in Anspruch genommen wird, während in dem vorliegenden Falle eine entgegenstehende Willenserklärung des verstorbenen Ehegatten nicht vorhanden ist. — Nippel (Erläut. Bd. 5, S. 37) glaubt wohl auch, daß der Ehegatte keine bestimmten Sachen zum Genusse fordern könne, sondern sich mit den Zinsen eines sichergestellten Capitales begnügen müsse, welches dem ihm gebührenden Quottheile gleichkommt, meint aber, daß er befugt sei, zum Behufe der Ermittlung desselben auf die Feilbietung sämmtlicher Verlassenschaftsgegenstände zu dringen.

[2]) S. Nippel, Erläut. Bd. 5, S. 43.

d) Die Gütergemeinschaft gibt dem Ehegatten das Recht auf die Hälfte dessen, was von den der Gemeinschaft wechselseitig unterzogenen Gütern nach Ableben des andern Ehegatten noch vorhanden ist (§. 1234); die andere Hälfte bildet den freivererblichen Nachlaß, von welchem auch dem Ehegatten der ihm gebührende Erbtheil nach den Regeln der §§. 757 und 758 ausgemessen werden muß.

e) Die Verwaltung und Nutznießung des ursprünglichen oder erworbenen Vermögens (§. 1237) kömmt hier nicht in Betrachtung, weil sie nur auf die Dauer des Lebens der Ehegatten eingeschränkt ist.

f) Der Witwengehalt, welcher der Gattin nach §. 1242 auf den Fall des Witwenstandes zum Unterhalte bestimmt ist, unterliegt der Anrechnung, inwiefern er aus dem Vermögen des Verstorbenen kommt.

g) Schenkungen unter Lebenden (§. 1246) sind ihrer Natur nach zur Anrechnung nicht geeignet; Schenkungen von Todes wegen aber sind als letzte Anordnungen, so wie die wechselseitigen Testamente (§. 1248) und Erbverträge (§. 1249) weiter unten zu berühren.

h) Wenn ein Ehegatte dem andern die Fruchtnießung seines Vermögens auf den Fall des Ueberlebens ertheilt hat (§. 1255), so hat der Ueberlebende nach §. 1258 nur die Wahl, entweder diese Fruchtnießung (das Advitalitätsrecht) für sich in Anspruch zu nehmen, oder den ihm vom Gesetze ausgemessenen Antheil zu fordern; es kann also von einer Anrechnung keine Rede sein, weil diese beiden Ansprüche niemals concurriren können.

3. Einen weiteren Gegenstand der Anrechnung bildet dasjenige, was dem überlebenden Ehegatten aus dem Vermögen des andern in Folge einer letzten Anordnung zukömmt, mag diese in einer letztwilligen Anordnung im engeren Sinne (darunter auch einem gemeinschaftlichen oder wechselseitigen Testamente nach §§. 583 und 1248), einer Schenkung auf den Todesfall (§. 603) oder einem Erbvertrage (§§. 602 und 1249) bestehen. Dagegen erstreckt sich die Pflicht der Einrechnung nicht auf die der Witwe nach §. 1243 aus der Verlassenschaft gebührende Verpflegung, und auf denjenigen Erbtheil, der dem überlebenden Ehegatten auf Grundlage der gesetzlichen Erbfolge als Verwandten des Erblassers zufällt.

4. Das Gesetz hat keine Bestimmung darüber getroffen, wie die im §. 758 angeordnete Einrechnung zu geschehen habe. Der §. 793 verfügt zwar, daß die Anrechnung des empfangenen zum Intestaterbtheile der Kinder dadurch zu bewerkstelligen sei, daß jedes Kind den nämlichen Betrag noch vor der Theilung erhält [1]); allein der hier aufgestellte Begriff der Einrechnung oder vielmehr die Methode derselben ist nicht allgemein anwendbar, namentlich nicht in jenen Fällen, wo der Grund, auf welchem dieselbe beruht, nämlich die möglichste Gleichstellung aller zu betheilenden, nicht eintritt. Wir müssen daher auf den gewöhnlichen Sprachgebrauch zurückgehen, welcher unter Einrechnung jene Rechnungs-Operation versteht, zufolge welcher das bereits empfangene von dem zu leistenden in Abzug gebracht wird [2]). Auf diese Weise hat auch die Einrechnung gar keine Schwierigkeiten, wenn gleichartige Größen von einander abzuziehen sind. Zweifelhafter wird die Sache aber dann, wenn heterogene Größen (Eigenthum und Fruchtgenuß) einander gegenüberstehen. Nippel (Erläut. Bd. 5, S. 46) stellt auch hier (vgl. S. 300 d. W.) die Ansicht auf, daß der dem Ehegatten gebührende Fruchtgenuß von Sachverständigen nach jenen Grundsätzen, nach welchen Leibrenten capitalisirt zu werden pflegen, in Capital angeschlagen und dadurch in eine homogene Größe mit dem Eigenthume

[1]) Diese Anrechnungsmethode will daher auch Damianitsch (Beitrag zur Erläuterung der §§. 757 und 758 des a. b. G. B. über den gesetzlichen Erbtheil des Gatten und dessen Einrechnung. Jurist, Bd. 6, S. 440) in dem vorliegenden Falle zur Anwendung bringen. — Dieselbe Ansicht vertheidigt Dr. Moriz Ender in dem Aufsatze: Einige Worte über die Anrechnung in den gesetzlichen Erbtheil des Ehegatten in Haimerl's Mag. Bd. 11, S. 382.

[2]) In diesem Sinne nimmt unser a. b. G. B. die Worte „anrechnen", „Anrechnung", „einrechnen", „Einrechnung" in den §§. 230, 636, und gewissermaßen auch im §. 1493. — S. auch Unger, Erbr. S. 147, Anmerkg. 14.

umgewandelt werden müsse. Allein eine solche Capitalisirung findet sich nirgends im Gesetze angeordnet. — Winiwarter (bürgl. Recht, Bd. 3, S. 316) will deßhalb die Einrechnung in der Art vornehmen, daß in dem Falle, wo dem überlebenden Ehegatten sein Erbtheil zum Eigenthume zufällt, die Fruchtnießung aber in einem Heiratsvertrage oder Vermächtnisse zugewendet worden ist, den übrigen Erben der Betrag der Fruchtnießung von dem Ehegatten so lange entrichtet werde, bis der Werth des dem Gatten gebührenden Erbtheiles erreicht ist; und daß umgekehrt, wenn dem überlebenden Ehegatten vermöge des gesetzlichen Erbrechtes die Fruchtnießung, vermöge der Ehepacte aber oder eines letzten Willens das Eigenthum eines Theiles des Vermögens gebührt, der Werth des jährlichen Fruchtgenusses den übrigen Erben so lange ausbezahlt werde, bis die zurückbezahlten Beträge dem Werthe des als Eigenthum dem Gatten zufallenden Vermögenstheiles gleich wären. Erhält der Gatte z. B. 5000 fl. als Eigenthum aus dem Nachlasse, während ihm in den Ehepacten ein Fruchtgenuß von jährlichen 100 fl. zugedacht wurde, so kämen den Miterben so lange 100 fl. jährlich hinauszubezahlen, bis dadurch der Betrag von 5000 fl. erreicht ist, also durch 50 Jahre. — Allein auch diese Ansicht scheint uns nicht richtig zu sein, denn es ist nicht abzusehen, warum der Ehegatte den ihm aus dem Gesetze gebührenden Erbtheil durch die Zurücklassung eines dem Werthe seines Fruchtgenusses entsprechenden Betrages gleichsam erst kaufen sollte. Unger (Erbr. S. 147, Anmrkg. 14) meint, daß die Frage, wie die Einrechnung zu geschehen habe, wenn Eigenthum und Fruchtgenuß zusammen treffen, dahin zu lösen sei, daß bei der Zuwendung einer Sache oder Summe im Falle des §. 757 die im Gegensatz zu einem Prälegat stattfindende Einrechnung nach §. 758 in den „Erbtheil selbst zu geschehen hat, so daß also der Ehegatte an dem nach Abzug jener Summe verbleibenden Erbtheil die Nutznießung hat, und daß im umgekehrten Falle, wenn dem nach §. 758 erbenden Gatten ein usus fructus legirt ist, ihm nach Analogie des §. 1258 ein Wahlrecht zusteht." Diese Ansicht dürfte wohl das meiste für sich haben.

5. Daß der Erblasser dem überlebenden Ehegatten die Anrechnung der im §. 758 erwähnten Bezüge erlassen könne, unterliegt keinem Zweifel, insofern nur dadurch die Notherben in ihrem Pflichttheilsanspruche nicht verkürzt werden (vgl. §. 786).

§. 759.

Wenn aber weder ein Verwandter des Erblassers in den oben angeführten sechs Linien, noch ein anderer aus den in den §§. 752—756 berufenen Erben vorhanden ist; so fällt dem Ehegatten die ganze Erbschaft zu. Doch hat ein aus seinem Verschulden geschiedener Ehegatte weder auf die Erbschaft, noch auf einen Erbtheil des Gatten Anspruch.

1. In dem Falle, als kein gesetzlicher Erbe aus den in den §§. 730 bis 756 erwähnten fünf Classen vorhanden ist, kömmt der überlebende Ehegatte als alleiniger Erbe anzusehen, da das eheliche Verhältniß, nächst dem der Blutsverwandtschaft und der Annahme an Kindesstatt, das einzige ist, aus welchem sich im allgemeinen auf einen bestimmten Willen des Erblassers schließen läßt. Der gesammte Nachlaß gebührt sohin dem Ehegatten als unbeschränktes Eigenthum, und auch von einer Anrechnung kann keine Rede sein, weil niemand vorhanden ist, zu dessen Vortheil sie geschehen sollte.

2. Sowohl das in dem vorstehenden §. dem überlebenden Ehegatten zugestandene Erbrecht, als der in den §§. 757 und 758 enthaltene Anspruch desselben auf einen bestimmten Erbtheil zum lebenslangen Genusse oder zum unbeschränkten Eigenthume ist nur dann begründet, wenn die Ehegatten bis zum Tode in ungetrübter Ehe gelebt haben, oder wenn, im Falle einer eingetretenen Scheidung von Tisch und Bett, dem überlebenden Ehetheile kein Verschulden zur Last fällt. Ob diese Bedingung erfüllt sei, ist aus dem Scheidungserkenntnisse zu entnehmen; denn der §. 12 des Hfd. vom 23. August 1819, Nr. 1595 der J. G. S., über das

Verfahren in Eheangelegenheiten bestimmt, daß nach gänzlich beendigter Untersuchung die Scheidung von Tisch und Bett durch Urtheil bewilligt oder abgeschlagen, und im ersten Falle zugleich ausdrücklich erkannt werden müsse: „ob der eine oder der andere Ehegatte, oder jeder Theil oder keiner von beiden, an der Scheidung Schuld trage.“ Sollte ein Scheidungserkenntniß aus einer früheren Periode vorliegen, welches den in Frage stehenden Beisatz nicht enthielte, so müßte auf die Scheidungs-Acten selbst zurückgegangen werden; jedenfalls würde aber unseres Erachtens demjenigen der Beweis obliegen, der ein Verschulden des überlebenden Ehegatten behauptet, und zwar sowohl nach allgemeinen processualischen Grundsätzen, als weil zufolge des Rechtes auf Unbescholtenheit (§. 17 des a. b. G. B.) die Vermuthung für die Schuldlosigkeit streitet. Bei einer einverständlichen Scheidung, auf welche die oberwähnten Vorschriften keine Anwendung erleiden, kann zwar allerdings auch einem oder dem andern Theile ein Verschulden zur Last fallen, aber der beleidigte Theil hat dadurch, daß er in die Scheidung einwilligte, auf das Recht Verzicht geleistet, eine gerichtliche Untersuchung des vorgelegenen Scheidungsgrundes zu verlangen; eine solche Untersuchung kann aber sohin auch von niemandem andern mehr begehrt werden, da es überhaupt ein anerkannter Grundsatz unserer Gesetzgebung ist, daß dritte Personen nicht berechtiget sind, in die ehelichen Verhältnisse einzudringen und so etwa den Frieden der Familien zu stören.

3. Ein getrennter, obgleich schuldloser Ehegatte kann die gesetzliche Erbfolge (§§. 755—759) nach §. 1266 nicht ansprechen, und das nämliche muß auch im Falle der erfolgten Ungiltigerklärung einer Ehe gelten.

4. Wenn eine Verbindung, welche mit Uebertretung der im §. 13 des Ehegesetzes für Katholiken enthaltenen Vorschrift (s. S. 346 d. W.) geschlossen wird, nach dem Kirchengesetze als eine giltige Ehe angesehen werden müßte, so sind die Ehepacte ungiltig und die Ehegatten können die in den §§. 757—759 des b. G. B. festgesetzten Erbrechte nicht geltend machen [1]).

§. 760.

Erblose Verlassenschaften.

Ist auch der Ehegatte nicht mehr am Leben, so wird die Verlassenschaft, als ein erbloses Gut, entweder von der Kammer, oder von denjenigen Personen eingezogen, welche vermöge der politischen Verordnungen zur Einziehung erbloser Güter ein Recht haben.

1. Als eine erblose Verlassenschaft ist diejenige anzusehen, auf welche weder ein testamentarischer noch ein gesetzlicher Erbe Anspruch macht, und welche auch von den etwa vorhandenen Legataren (§. 726) nicht erworben wird. Dieselbe kann in einem wohlgeordneten Staate nicht der freien Zueignung anheimgegeben werden, da dieß nur allzuleicht tumultuarische Auftritte herbeiführen würde. Es muß daher bestimmt werden, wem das Recht zustehe, derlei erblose Güter einzuziehen [2]); und dieß ist in der Regel die Kammer (der Fiscus, als Vertreter des Staatsvermögens). Schon die Erbrechtsordnung Kaiser Karl VI. vom 28. Mai 1720 verfügte Tit. 15, §§. I und II, daß, wenn jemand ohne Testament stirbt, und weder Ascendenten noch Descendenten, noch Seitenverwandte, noch Ehegenossen vorhanden sind, dessen Verlassenschaft erblos werde, und dem Landesfürsten heimfallen solle; dieselbe Bestimmung ist in den §. 23 des Pat. v. 11. Mai 1786, und aus diesem in den vorstehenden §. des a. b. G. B. übergangen [3]). Sind nun die Erben einer Verlassenschaft gänzlich unbekannt, oder machen die bekannten Erben von ihrem Erb-

---

[1]) S. §. 34 des Eheges. für Katholiken v. 8. Octob. 1856, Nr. 185 des R. G. Bl.

[2]) Dieses Recht wird gemeiniglich das Heimfallsrecht oder Caducitätsrecht genannt.

[3]) S. Dr. Jos. Linden: Abhandlungen über Cameral- und fiscalämtliche Gegenstände. Wien, 1834 — und dessen Zusätze zu den Abhandlungen über Cameral- und Fiscalgegenstände. Wien, 1844.

rechte, der erfolgten Verständigung ungeachtet, in der bestimmten Frist keinen Gebrauch, oder bleibt der dem Säumigen angefallene Erbtheil unangetreten, so hat das Gericht nach §. 128 des Pat. v. 9. August 1854, Nr. 208 des R. G. Bl., einen Verlassenschafts-Curator zu bestellen, und die unbekannten Erben von Amtswegen mittelst Edictes mit der Warnung vorzuladen, daß sie sich binnen einem Jahre zu melden, und ihre Erbserklärung anzubringen haben, widrigenfalls die Verlassenschaft mit denjenigen, welche sich erbserklärt und ihren Erbrechtstitel ausgewiesen haben, verhandelt, und ihnen nach Maßgabe ihrer Ansprüche eingeantwortet, der nicht angetretene Theil der Verlassenschaft aber, oder wenn sich niemand erbserklärt hätte, die ganze Verlassenschaft vom Staate als erblos eingezogen würde. Denjenigen Erben, welche sich etwa später melden, bleiben ihre Ansprüche so lange vorbehalten, als sie durch Verjährung nicht erloschen sind. Der Verlassenschafts-Curator hat nach §. 129 ebd., des ausgefertigten Edictes ungeachtet, auch alle übrigen zur Ausforschung der Erben und ihres Aufenthaltes dienlichen Mittel anzuwenden, und den Erfolg dem Gerichte anzuzeigen. Er hat auch die Verwaltung und Vertretung des Nachlasses, insbesondere die Eintreibung der Activforderungen desselben, zu besorgen, und sobald es mit Sicherheit geschehen kann, die Erbschaftsgläubiger und Vermächtnißnehmer zu befriedigen. Er kann aber als solcher weder eine Erbserklärung überreichen, noch die von einem andern überreichte Erbserklärung oder eine letztwillige Anordnung bestreiten[1]. Handelt es sich darum, Klagen im Interesse der Erbschaftsmasse bei Gericht einzubringen, oder Vergleiche einzugehen, so bedarf der Curator hierzu der Genehmigung der Abhandlungsbehörde, welche nach der Wichtigkeit des Gegenstandes die eingeschrittenen Erben oder die sonst betheiligten zu vernehmen hat. — Wird der Edictalvorladung ungeachtet in der festgesetzten Frist von niemand ein Erbrecht angemeldet und ausgewiesen, so hat die Abhandlungsbehörde (nach §. 130 ebd.), ohne daß eine Erbsverhandlung zu pflegen wäre, den Nachlaß als erblos dem Fiscus zu übergeben, und zu diesem Ende der zuständigen Behörde die Anzeige davon zu machen[2]. Hierbei hat sich die Frage ergeben[3], ob der Staat von dem ihm zustehenden Caducitätsrechte auch dann Gebrauch machen könne, wenn ein oder mehrere Erben auch nach Ablauf der Edictalfrist unbekannt bleiben, dagegen aber andere Erben vorkommen, welchen das Accrescenzrecht oder das gesetzliche Erbrecht zusteht? — W. Mitlacher[4]) hat diese Frage, und zwar, wie uns scheint, ganz richtig — verneinend beantwortet; wogegen K. Bayer (in Haimerl's Mag. Bd. 5, S. 72) und W—r. (in der allg.

---

[1]) Zweifelhaft ist die Frage, ob der Fiscus behufs der Geltendmachung seines Caducitätsrechtes auch die Giltigkeit einer letztwilligen Anordnung bestreiten könne? Vgl. hierüber den Aufsatz von Dr. Kalessa im Jurist, Bd. 7, S. 314 u. ebd. Bd. 9, S. 135, der aber zu keinem genügenden Resultate führt. — Dr. Ed. Sturm (in seinem Aufsatze: Ueber die Geltendmachung des Heimfallsrechtes auf erblose Güter, in Nr. 86 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1855) ist der Ansicht, daß nach §. 123 des kais. Pat. v. 9. August 1854 die Ungiltigkeit einer letztwilligen Anordnung nicht nur bei äußeren Formgebrechen, sondern auch bei gesetzwidrigem Inhalte von Amtswegen zu berücksichtigen und nach Umständen die Uebergabe des Nachlasses an den Fiscus einzuleiten sei, und daß daher, wenn die letzte Willenserklärung der äußeren Form oder dem Inhalte nach offenbar ungiltig ist, der eingesetzte Erbe, auch ohne privatrechtliche Anfechtung der letztwilligen Anordnung, vom Gerichte nicht anerkannt werden könne. Allein der §. 123 des o. a. Pat., auf welchen sich der Verfasser bezieht, sagt nur, daß derjenige, der in einem dem Inhalte und der Form nach vorschriftmäßig eingerichteten letzten Willen zum Erben eingesetzt ist, so lange für den rechtmäßigen Erben gehalten werde, als die Rechtsgiltigkeit des Testaments nicht bestritten wird, er sagt aber nicht, daß ein unförmliches Testament von Amtswegen verworfen werden müsse, und eine Schlußfolgerung a contrario scheint hier durchaus nicht statthaft zu sein. — S. auch die Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 26. August 1857, Z. 8808, in Nr. 27 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1862. — Unger (Erbr. S. 386, Anmrkg. 4) meint, daß die Frage, ob der Fiscus zur Geltendmachung seines Heimfallsrechtes berechtigt sei, die Giltigkeit eines Testamentes auf Grund dessen der Instituirte sich erbserklärt hat, zu bestreiten, unbedenklich zu bejahen sei, da es nur auf den objectiven Umstand der wirklich vorhandenen Erblosigkeit ankömmt. Diese Ansicht scheint auch uns die richtige zu sein.

[2]) Die Bestimmungen über das Verfahren bei der Einziehung von Depositen, zu welchen sich kein Eigenthümer vorfindet, bleiben als nicht hierher gehörig aus dem Kreise dieser Erörterungen ausgeschlossen.

[3]) Diese Frage wurde eigentlich mit Beziehung auf den §. 79 des Pat. vom 28. Juni 1850 angeregt; da dieser §. aber seinem wesentlichen Inhalte nach mit dem §. 128 des Pat. v. 9. August 1854 übereinstimmt, so kömmt hier allerdings darauf Rücksicht zu nehmen.

[4]) Ueber die Ausübung des Heimfallsrechtes durch den Staat nach §. 79 des k. Pat. v. 28. Juni 1850 in der allg. österr. Ger. Ztg. 1851, Beilage zu Nr. 141 — und Beitrag zur Erläuterung des §. 79 des Pat. vom 28. Juni 1850; ebd. 1852, Nr. 156 und 157. — S. auch Unger, Erbr. S. 384, Anmerkg. 1.

österr. Ger. Ztg. 1852, Nr. 119) die Ansicht vertheidigen, daß in dem Falle, als ein mit Edict vorgeladener Erbe den auf ihn entfallenden Erbtheil nicht antritt, dieser Erbtheil ohne Rücksicht auf das Zuwachsrecht der Miterben, und auf die subsidiarischen Ansprüche der gesetzlichen Erben als erblos einzuziehen sei. Allein der §. 130 des o. a. Pat. v. 9. August 1854 [1]) sagt ausdrücklich, daß die Einziehung einer Verlassenschaft nur dann stattzufinden habe, wenn von niemand (also auch nicht von einem accrescenzberechtigten Miterben, oder von einem gesetzlichen Erben) ein Erbrecht angemeldet und ausgewiesen wurde. Hat der mit Edict vorgerufene Erbe sich nicht gemeldet, so muß doch wohl angenommen werden, daß er von seinem Erbrechte entweder keinen Gebrauch machen könne oder wolle; dieß ist aber eben die Voraussetzung, unter welcher das Recht des Zuwachses oder in subsidium das gesetzliche Erbrecht eintritt, es dürfte also eine Caduk-Erklärung nur dann Platz greifen können, wenn keine solchen Berechtigten vorkommen, wenn z. B. in einem Testamente alle Erben zu bestimmten Theilen eingesetzt sind, von denen sich einer oder mehrere nicht erbserklärten, und wenn sich während der Edictalfrist auch keine gesetzlichen Erben melden, welchen dieser Verlassenschaftstheil nach §. 562 des a. b. G. B. gebührte. Das Recht, den für caduk erklärten Erbtheil auch nach verstrichener Edictal-, jedoch innerhalb der gesetzlichen Verjährungsfrist für sich in Anspruch zu nehmen, muß übrigens nicht nur dem mittelst Edictes vorgeladenen Erben selbst, sondern auch seinen Erben (den Erbeserben) zugestanden werden, denn zu dem Nachlasse eines Menschen gehören alle, nicht in bloß persönlichen Verhältnissen gegründeten Rechte desselben (§. 531 des a. b. G. B.), mithin auch das ihm durch den §. 128 des Pat. v. 9. August 1854 vorbehaltene Recht; wozu noch weiters kömmt, daß zufolge des §. 537, sobald nur der Erbe den Erblasser überlebt hat, das ihm angefallene Erbrecht auch vor der Uebernahme (also ungeachtet der nicht erfolgten Antretung) auf seine Erben übergeht, wenn es anders durch Entsagung, oder auf eine andere Art noch nicht erloschen war, und daß die Gesetze sich nirgends des Ausdruckes „Erbeserben" insbesondere bedienen, sondern diese letzteren, insofern rücksichtlich ihrer keine besonderen Bestimmungen bestehen, unter der allgemeinen Bezeichnung „Erben" mitbegreifen [2]). Die in Frage stehende Verjährungsfrist dürfte übrigens von dem Tage zu berechnen sein, an welchem die Erbschaft dem fruchtlos Einberufenen anfiel, an welchem also sein Erbrecht an sich schon hätte ausgeübt werden können (§. 1478 des a. b. G. B.), und sie gilt gleichmäßig für ihn selbst, wie für seine eigenen Erben, so daß diesen nicht etwa neuerdings von dem Tage der ihnen angefallenen Erbschaft die ganze Verjährungsfrist zu Statten käme, da die an die Erben gelangenden Rechte des Erblassers durch diese Uebertragung in ihrer Beschaffenheit und Ausdehnung nicht geändert werden [3]). Die eingezogenen erblosen Verlassenschaften waren übrigens, wenn der Erblasser der Militärgerichtsbarkeit unterstand, zum Invalidenfonde, und in der Militärgränze zum Gränzproventfonde abzuführen (Hfkrgsr. Vdg. vom 29. April 1757; — Hfkrgsr. Vdg. v. 20. Februar 1779, F. 132; — Hfkzld. v. 12. October 1835, Nr. 90 der J. G. S.; — Abs. XIV. der Circ. Vdg. des Kriegsminist. v. 1. Mai 1851, Nr. 120 des R. G. Bl.) [4]).

---

[1]) Hiermit stimmte schon die Erläuterung v. 11. März 1852, Nr. 64 des R. G. Bl., im wesentlichen überein.

[2]) Zur Erläuterung diene folgender, von Mitlacher angenommener Rechtsfall: Wenzl R. ist ohne letztwillige Anordnung gestorben, und hinterläßt sechs Geschwister, wovon fünf vorhanden sind. Der sechste Bruder Johann R. wird seit dem Tage des Gefechtes bei Rivoli, das er als Soldat mitmachte, vermißt; doch sind mehrere Kinder desselben am Leben. Johann R. meldet sich während der Edictalfrist nicht; seine fünf Geschwister treten dessen Erbtheil nicht an, und er wird als erblos eingezogen. Ueber das mittlerweilige Einschreiten der Kinder des Johann R. wird ihr Vater aber für todt erklärt. Es dürfte nun keinem Zweifel unterliegen, daß diese Kinder auf die Herausgabe des ihrem Vater zugefallenen Erbtheiles aus dem Nachlasse des Wenzel R. dringen können.

[3]) S. Mitlacher's Aufsatz in der allg. österr. Ger. Ztg. 1852, Nr. 157.

[4]) Nach §. 26 des Grundgesetzes für die Militärgränze v. 7. Mai 1850, Nr. 243 des R. G. Bl., fiel das Vermögen, wenn keine erbfähigen Personen und auch keine letztwillige Anordnung vorhanden ist, dem Gränzinstitute anheim, und war zu öffentlichen Zwecken, zur Dotirung der grundbedürftigen Familien oder zu neuen Ansiedlungen zu verwenden.

Nach dem Justiz-Ministerial-Erlasse v. 26. September 1875, Z. 12922, sind caduk gewordene Nachlässe von Militärpersonen, welche einem der im Reichsrathe vertretenen Länder angehören, vom 1. Jänner 1876 an in gleicher Weise wie die caduken Nachlässe der Civilpersonen zu behandeln.

2. Schon der §. 760 deutet darauf hin, daß ausnahmsweise auch andere Personen vermöge der politischen Verordnungen zur Einziehung erbloser Güter ein Recht haben können; und diese Hinweisung findet auch in dem 5. Abs. des nied. österr. Regier. Circ. v. 13. September 1820, S. 1701 der J. G. S., sowie in dem Hfkzld. v. 18. Mai 1825 (pol. G. S. Bd. 53, S. 93) ihre Bestätigung. Demnach gebührt ein solches Heimfallsrecht:

a) dem Lehensherrn in Ansehung der lehenbaren Güter, wovon in dem besonders bestehenden Lehenrechte (§. 359) zu handeln kömmt[1]);

b) dem Lemberger Krankenhause bezüglich der in dasselbe mitgebrachten Effecten dort verstorbener Personen, wenn sie binnen 3 Monaten weder von der Abhandlungsinstanz, noch von den Erben gefordert werden (Hfkzld. vom 21. April 1815, Goutta'sche G. S. Bd. 10, S. 242)[2]);

c) den Strafanstalten rücksichtlich der Ueberverdienstgelder der in denselben verstorbenen Sträflinge (Hfkzld. v. 4. März 1836, pol. G. S. Bd. 64, S. 438);

d) denjenigen Personen, welchen dießfalls von Sr. Majestät ein besonderes Privilegium ertheilt worden[3]).

3. Dagegen ist das Heimfallsrecht, welches den drei oberen Ständen nach althergebrachten Gewohnheiten hinsichtlich der erblosen Verlassenschaften ihrer Unterthanen zustand, dann jenes, welches den landesfürstlichen Städten und Märkten als dem vierten Stande durch das Hfd. v. 27. Mai 1778 eingeräumt, und durch das Hfkzld. vom 28. Jänner 1842 anerkannt worden war; ferner das den Erbpacht- und Erbzinsherrn als Grundherrn in Nieder-Oesterreich nach dem Pat. v. 20. December 1790, Nr. 97 der J. G. S., und überhaupt nach dem §. 1149 des a. b. G. B. zugestandene Heimfallsrecht, dann das Recht zur Einziehung erbloser Verlassenschaften, welches der Stadt Wien durch den Albertinischen Freiheitsbrief ddo. Lichtmeß 1383 verliehen, von Kaiser Ferdinand I. unterm 12. März 1526 neuerdings bestätigt, und durch die Hfkmrd. vom 14. November 1811, Z. 37825, vom 21. September 1819, Nr. 1609 der J. G. S., vom 20. Februar 1837 (n. öst. Pr. G. S. Bd. 19, S. 95) und vom 5. Februar 1838 (ebd. Bd. 20, S. 67) näher geregelt worden war, ingleichen das der Stadt Prag verliehene Caducitäts-Privilegium durch die neueren Bestimmungen über die Aufhebung des Unterthansverbandes als erloschen anzusehen[4]).

---

[1]) Vgl. das Hfd. v. 7. September 1789, Nr. 1052 der J. G. S., und Hfd. vom 24. Juni 1790.

[2]) Das dem Wiener allgemeinen Krankenhause zugestandene Heimfallsrecht wurde durch das Hfkzld. vom 5. August 1829, Nr. 1422 der J. G. S., wieder aufgehoben.

[3]) Doch kömmt hier auf eine a. h. Entschl. zu verweisen, welche sich in dem Min. Erl. v. 6. Juni 1853, Z. 9451, bezogen findet, und der zufolge Seine Majestät zwar zu genehmigen geruhten, „daß eine Bestätigung der bestehenden Privilegien aus Anlaß des a. h. Regierungswechsels nicht stattzufinden habe, daß jedoch alle jene Privilegien, welche von ihren Majestäten den Kaisern Franz I. und Ferdinand I. verliehen oder von Seiner erstgenannten Majestät bestätiget und nicht seither widerrufen oder abgeändert worden sind, bis auf weitere Weisung fortbestehen können, insofern sie nicht mit bestimmten Gesetzen und Einrichtungen im Widerspruche stehen, endlich mit dem Vorbehalte, daß, wenn gegen solche Privilegien in der Zeitfolge entweder von Privaten oder von Behörden Anstände erhoben würden, in jedem einzelnen Falle von den einschlägigen Ministerien zu entscheiden ist, ob das Privilegium fortdauern könne oder nicht.“

[4]) Der III. Abs. des k. Pat. vom 7. September 1848 bestimmt: „Alle aus dem Unterthänigkeitsverhältnisse entspringenden, dem unterthänigen Grunde anklebenden Lasten, Dienstleistungen und Giebigkeiten jeder Art, sowie alle aus dem grundherrlichen Obereigenthume, aus der Zehnt-, Schutz-, Vogt- und (Wein-) Bergherrlichkeit und aus der Dorfobrigkeit herrührenden, von den Grundbesitzungen oder von Personen bisher zu entrichten gewesenen Natural-, Arbeits- und Geldleistungen, mit Einschluß der bei Besitzveränderungen unter Lebenden und auf den Todesfall zu zahlenden Gebühren sind von nun an aufgehoben.“ — Diese Aufhebung wurde später durch das k. Patent vom 4. März 1849, Nr. 152 des R. G. Bl., und durch das k. Patent vom 31. December 1851, Nr. 2 des R. G. Bl. v. J. 1852, ausdrücklich bestätiget, und infolge dessen findet sich auch in den einzelnen Ministerialverordnungen, welche die Durchführung der Grundentlastung in den verschiedenen Kronländern regeln, die Bestimmung, daß das Heimfallsrecht der Grundobrigkeiten als „ohne Entgelt“ aufgehoben anzusehen sei. — Auf Grundlage der eben erwähnten Verfügungen hat das Ministerium des Inneren im Einvernehmen mit den Ministerien der Justiz und der Finanzen zu erkennen befunden, daß die der Stadt Prag verliehenen Caducitäts-Privilegien, nach denen dieselbe zur Einziehung caduker Verlassenschaften und Depositen nach Prager Bürgern

§. 761.

Abweichungen von der allgemeinen Erbfolgeordnung.

Die Abweichungen von der in diesem Hauptstücke bestimmten gesetzlichen Erbfolge in Rücksicht auf Bauerngüter und die Verlassenschaft geistlicher Personen sind in den politischen Gesetzen enthalten.

1. Die Anordnung des §. 761 in Bezug auf die Erbfolge in Bauerngüter wurde durch das Gesetz v. 27. Juni 1868, Nr. 79 des R. G. Bl., aufgehoben, welches lautet: Die im §. 761 a. b. G. B. erwähnten in den politischen Gesetzen enthaltenen Anordnungen, welche die Vererbung von Bauerngütern betreffen und hinsichtlich der Auseinandersetzung der Vermögensverhältnisse unter mehreren Miterben oder zwischen dem Erben und dem überlebenden Gatten Abweichungen von den Bestimmungen des a. b. G. B. enthalten, treten in jenen Ländern oder Landestheilen, in welchen die Theilung von Bauerngütern nicht mehr beschränkt ist, mit Ablauf von drei Monaten nach dem Tage der Kundmachung dieses Gesetzes außer Wirksamkeit. In jenen Ländern oder Landestheilen, in welchen die Beschränkung der Theilung von Bauerngütern noch besteht, haben im Falle der Aufhebung dieser Beschränkung jene Anordnungen erst mit Ablauf von drei Monaten nach demjenigen Tage außer Wirksamkeit zu treten, mit welchem durch ein Landesgesetz diese Beschränkung aufgehoben sein wird. Auf Erbfälle, in welchen der Anfall der Erbschaft schon vor dem Tage des Beginnes der Wirksamkeit des gegenwärtigen Gesetzes erfolgt ist, hat dasselbe keine Anwendung zu finden. — Die Landesgesetze, durch welche die Aufhebung dieser Beschränkungen in den einzelnen Königreichen und Ländern erfolgte, wurden schon im I. Bande dieses Werkes, S. 441 aufgezählt.

2. Was die Erbfolge in den Nachlaß geistlicher Personen anbelangt, so hat die österreichische Gesetzgebung, abweichend von den Vorschriften des gemeinen Rechtes, solche Bestimmungen getroffen, welche einerseits geeignet waren, Streitigkeiten hintanzuhalten, und des schwierigen Beweises zu überheben, was aus dem Nachlasse kirchlichen, was bürgerlichen Ursprunges sei, anderseits aber dem Erwerbe der Geistlichen und dem Eigenthumsrechte an dem erworbenen, sowie der Forderung der Gesetzgebung, in Abgang einer ausdrücklichen Erklärung den vermutheten Willen des Erblassers zu substituiren, vollkommen zu entsprechen [1]). Es kommen hiernach mehrere Fälle zu unterscheiden:

a) Handelt es sich um den Nachlaß eines Weltgeistlichen (des clerus saecularis), so sollen im allgemeinen nach dem Hfd. v. 18. Juli 1772 (Kropatscheck'sche G. S. Bd. 6, S. 505; für Tirol bestätiget durch Hfd. v. 21. Febr. 1816, Nr. 1212 der J. G. S.) drei Theile gemacht werden, und ein Theil jener Kirche zufallen, welcher der Verstorbene am letzten vorgestanden, das andere Drittel für die Armen abgegeben werden, und das dritte Drittel jenen Verwandten zufallen, welche nach der allgemein vorgeschriebenen Successionsordnung ab intestato berufen sind, in deren Ermanglung aber vom Fiscus eingezogen werden, wobei es sich von selbst versteht, daß alle Schulden und rechtmäßigen Gebühren vor der Theilung abzuschlagen, und all' dasjenige, was an beweglichen und unbeweglichen Gütern zu dem Beneficium gehöret, aus dem Vermögen auszuscheiden ist. — Das der Kirche gebührende Drittheil hat nach dem Hfd. v. 6. Februar 1792 (Nr. 259 der J. G. S.) derjenigen Kirche zuzufallen, wo der Verstorbene zuletzt bepfründet war, wenn er auch an einem andern Orte im Ruhestande oder sonst wo zur Zeit seines Todes gewesen wäre. Ist der Erblasser zuletzt bei einer Kirche angestellt gewesen, die Filialen hat, und stehen die Hauptkirche und die Filialen unter verschiedenen Patronaten oder Vogteien, so ist das Kirchendrittel nach dem Verhältnisse der Seelenmenge, die im Hauptorte oder in den Filialen ist, unter diese Kirchen zu theilen (Hfd. vom 27. November 1807, Nr. 829 der J. G. S.). Ist der ver-

---

befugt war, und auch die Einziehung solcher caduken Vermögenschaften nach nicht bürgerlichen Einwohnern anzusprechen vermeinte, und ebenso die Caducitäts-Privilegien der Haupt- und Residenzstadt Wien als mit den neueren Gesetzen und Einrichtungen im Widerspruche stehend, vom 7. September 1848 an gerechnet, als erloschen anzusehen seien (Min. Erl. v. 6. Juni 1853, Z. 9451, im böhm. L. R. Bl. II. Abth. Nr. 107 und Min. Erl. vom 3. April 1855, Z. 16448).

[1]) Helfert (Jos.): Von dem Kirchenvermögen. Prag, 1834. Thl. II, §. 92, S. 274. — Füger, Erbr. Bd. 13, S. 85.

storbene Seelsorger einer Curatpfründe, und zugleich Propst und Canonicus an einem Domcapitel gewesen, so fällt das gedachte Drittel zur Hälfte der Curatie- und zur Hälfte der Capitelkirche zu (Hfd. vom 24. Mai 1798)[1]). — Das Armendrittel gehört nach dem Hfd. vom 6. Februar 1792, Nr. 259 der J. G. S., und nach dem Hfd. vom 27. November 1807, Nr. 828 ebd., in das Armeninstitut des nämlichen Ortes, wohin das Kirchendrittel gehört, und falls in den Filialen eigene Armeninstitute bestehen, ist dieses Drittel nach den oben angegebenen Verhältnissen zu vertheilen. — Sind die nächsten Verwandten des verstorbenen Geistlichen selbst arm, so können sie nach dem schon erwähnten Hfd. vom 6. Februar 1792 auch das den Armen gebührende Drittel erhalten[2]); wenn jedoch unter diesen Verwandten auch vermögliche begriffen sind, so soll dieses Drittel der Verlassenschaft mit Ausschluß der nicht bedürftigen Blutsfreunde nur allein den in wahrer Armuth Lebenden zufallen; doch ist nach dem Hfkzld. vom 16. September 1824, Nr. 2040 der J. G. S., jedem armen Verwandten eines ab intestato verstorbenen geistlichen Erblassers aus dem gesetzlichen Armendrittel nur so viel zuzuwenden, als demselben aus diesem Drittel der Verlassenschaft nach der gemeinen gesetzlichen Erbfolge zugefallen wäre. — Der Patron der Kirche hat dagegen keinen Anspruch auf den Nachlaß eines ab intestato verstorbenen Geistlichen zu stellen, den einzigen Fall ausgenommen, daß er beweisen könnte, er sei der Stifter eines Beneficiums, und habe sich in dem Stiftbriefe ausdrücklich das Erbrecht vorbehalten (Hfd. v. 2. Juli 1789; Kropatscheck'sche G. S. Bd. 17, S. 662). Der Theilung auf die eben dargestellte Weise unterliegt nach dem Hfd. vom 1. December 1788, Nr. 927 der J. G. S., nicht bloß das durch die geistliche Pfründe von den Verstorbenen in Ersparung gebrachte Gut, sondern das ganze reine Verlassenschafts-Vermögen[3]), und es gelten zufolge Hfd. vom 27. November 1827, Nr. 828 der J. G. S., die dießfälligen Bestimmungen rücksichtlich der Intestat-Verlassenschaften aller Weltpriester, aller Priester der aufgelassenen Klöster, und aller in der Seelsorge durch ihre im Jahre 1802 gegen den Zurücktritt in ihre noch bestehenden Klöster abgegebene Erklärung als bleibend in der Seelsorge, oder bei einem öffentlichen Lehramte mit der Fähigkeit zu testiren lebenslang angestellten Ordenspriester, jedoch mit dem Unterschiede, daß von der Intestat-Verlassenschaft derjenigen, welche auf ein Beneficium, es sei curatum oder simplex, entweder durch canonische Investitur oder durch ein über landesfürstliche Ernennung, oder über Präsentation des Patrons ausgefertigtes Decret bleibend angestellt sind, also zwar, daß sie nur durch eigene Resignation, oder durch einen über Vergehungen gefällten Spruch von ihrer geistlichen Anstellung entfernt werden können, ein Drittel der Kirche, ein Drittel den Armen und ein Drittel den Verwandten zuzufallen habe. Von den Intestat-Verlassenschaften derjenigen aber, welche bei keiner Kirche jemals bleibend angestellt waren, sondern entweder von dem Consistorium, wenn auch mit Decret, jedoch ad nutum amovibiles an eine Kirche abgeordnet, oder zur Aushilfe von dem Pfarrer beigezogen worden sind, ist nur ein Drittel den Armen und zwei Drittel den Verwandten zuzuwenden. Zur ersten Classe gehören: Bischöfe[4]), Domherren, Pfar-

---

[1]) Diese Bestimmungen galten auch fortwährend, da die Verlassenschaften der katholischen Geistlichen nach Artikel XIII des Concordates mit dem päpstlichen Stuhle v. 5. November 1855 zu den bloß weltlichen Rechtssachen gehörten, über welche der weltliche Richter zu entscheiden hat. (Fin. Minist. Erl. v. 18. November 1859, Z. 55789.)

[2]) Sie sind jedoch in diesem Falle nach dem Hfd. vom 23. August 1799, Nr. 475 der J. G. S., immer an die politische Behörde zu weisen, welcher allein das dießfällige Erkenntniß zusteht.

[3]) Hätte der Verstorbene durch letztwillige Anordnung nicht über seinen ganzen Nachlaß verfügt, so gehört nach der General-Vdg. vom 18. Juni 1789 alles dasjenige Vermögen, worüber er nichts angeordnet hat, und wozu niemand als Erbe berufen ist, zum casus intestati.

[4]) Ueber die zur Sprache gebrachte Frage, ob bei Intestat-Sterbfällen der Bischöfe ein, und welcher Theil seines Nachlasses zur Dotirung des Diöcesan-Seminariums zu widmen sei? wurde mit Hfkzld. vom 19. Juni 1835, Z. 14816 (gal. Pr. G. S. S. 594), folgendes eröffnet: Bei Intestat-Verlassenschaften des Säcular-Clerus, somit auch der Bischöfe, besteht die a. h. Vorschrift, daß ein Drittel den Verwandten verabfolgt, ein Drittel für die Armen und ein Drittel für die Kirche verwendet wird. Unter Kirche wird dermalen das Gebäude verstanden, in welchem der Beneficiat seine Amtsverrichtung vorzunehmen verpflichtet ist, als Anstalt für gottesdienstliche Handlungen. Nach dieser Erklärung ist es be-

rer, Local-Capläne (mit oder ohne Dependenz von der Mutterpfarre, wenn sie nur als bleibend bei der Localie angestellt sind), Beneficiaten, Chor-Vicarien, gestiftete Capläne, die von dem Patrone auf die Caplanei präsentirt werden. Zur zweiten Classe gehören: Pfarrer, Cooperatoren, Provisoren, Administratoren, die nur auf einige Zeit die Pfründe zu verwalten haben, bei weltlichen Aemtern angestellte Priester, wenn sie nicht schon vor dieser letzteren Anstellung zur ersten Classe gehörten, bloße Aushilfspriester, sogenannte Votivanten oder Messeleser. Von den Intestat-Verlassenschaften dieser Personen hat nichts einer Kirche oder dem Religionsfonde, sondern ein Theil den Armen, die andern zwei Theile aber den gesetzmäßigen Erben zuzufallen (Hfd. vom 7. Mai 1789, Nr. 1008 der J. G. S.), und das Armendrittel gebührt hierbei nach dem schon osterwähnten Hfd. vom 27. November 1807 den Armen des Ortes, wo der Erblasser gestorben ist. Die vorstehenden Anordnungen über die Intestaterbfolge bei Weltgeistlichen wurden durch §. 58 des Gesetzes v. 7. Mai 1874, Nr. 50 des R. G. Bl., über die äußeren Rechtsverhältnisse der katholischen Kirche ausdrücklich in Kraft erhalten. Auf die Verlassenschaften der Regiments-Capläne haben übrigens die vorstehenden Anordnungen zufolge Hfkrgsr. Circ. vom 20. Februar 1779, F. 132, keine Anwendung, sondern es ist das hinterlassene Vermögen derselben den sich legitimirenden nächsten gesetzlichen Erben und in Ermanglung derselben dem Militär-Invaliden-Institute zu überantworten (Hfkrgsr. Vdg. vom 9. Juli 1798).

b) Bei dem Regular-Clerus kann eigentlich von einem Nachlasse und einer Erbfolge in demselben keine Rede sein; denn Ordenspersonen können zufolge des Gelübdes der Armuth kein Eigenthum erwerben, sondern alles, was sie besitzen, gehört ohnedieß dem Kloster oder überhaupt der geistlichen Gemeinde, deren Mitglieder sie sind. Wenn daher die älteren Verordnungen (z. B. v. 4. Jänner 1787) sich dahin aussprechen, daß ihr Nachlaß dem Kloster anfalle, so ist dieß eigentlich nur von der Anerkennung des Grundsatzes zu verstehen, daß der Ordensgeistliche nichts eigenes habe, und daher auch nicht zu testiren befugt sei. In diesem Sinne verfügt das Hfd. vom 1. October 1784, Nr. 346 der J. G. S., in Ansehung derjenigen Stifte und Klöster, welchen das jus praesentandi auf Curatpfründen zusteht, und welche ihre eigenen geprüften Geistlichen dahin aussetzen, daß das pfarrliche Vermögen zwar dem betreffenden Stift anheimfallen dürfe; dasselbe aber dagegen den Seelsorger, sowie dessen Pfarrhaus und Kirche sammt allen Erfordernissen zu erhalten schuldig sei; und über die Frage, wie die Verlassenschaft eines Ordensprofessen, welcher bei einer dem Kloster, wo er starb, einverleibten Pfarre Caplansstelle vertrat, zu behandeln sei, wurde mit Hfd. vom 25. October 1788 (Kropatscheck'sche G. S. Bd. 15, S. 898) verordnet: es habe die in Frage stehende Verlassenschaft allerdings dem Kloster zuzufallen, weil ein solcher Ordensprofesse als ein nach Willkür des Oberen bei der Seelsorge angestellter Hilfspriester in dem vollen nexu mit seiner Ordensgemeinde, die ihn auch zu unterhalten hat, geblieben sei, und allein mit seinem wenigen, so er sich aus den ihm überlassenen Stolagebühren und dem jährlichen Beitrage auf Kleidung von Seite des Religionsfondes erspart habe, bei Lebenszeiten disponiren könne, niemals aber zu testiren befugt wäre. Dasselbe gilt nach dem Hfd. vom 2. April 1802 von dem Nachlasse derjenigen

---

Intestatfällen der Bischöfe die Domkirche desselben. In der ursprünglichen Bestimmung des Vermögens, welches einem Bischofe zum Besitze und Genusse eingeantwortet wird, liegt aber diese Beengung nicht. Die Widmung dieses Vermögens gehört im allgemeinen für kirchliche Zwecke der ganzen Diöcese, und in besonderen Fällen für diejenigen Zwecke darunter, welche gerade im vorkommenden Augenblicke die dringendsten und wichtigsten sind. Se. k. k. Majestät geruhten daher, jenen gesetzlichen Theilungsmaßstab rücksichtlich der Bischöfe näher zu erklären, daß das eine Drittel unter dem Namen Kirchendrittel überhaupt für kirchliche Diöcesanzwecke gewidmet sei. Diesem zufolge wird daher in jedem einzelnen vorkommenden Falle der besondere kirchliche Zweck, welchem es gewidmet werden soll, in der Art zu bestimmen sein, daß das Domcapitel sede vacante hierzu den Vorschlag zu erstatten hat, wobei es auf die Bedürfnisse des Diöcesan-Seminariums vor allem Bedacht haben wird, und worüber alsdann der landesfürstliche Consens zur Verwendung selbst einzuholen ist. Die Anwendung dieser Bestimmungen geruhten Se. k. k. Majestät aber auch hinsichtlich des Kirchendrittels bei Intestat-Verlassenschaften der einzelnen Domcapitularen bei ganz analogen Verhältnissen anzuordnen.

Mönche, welche außer den Klöstern zur Aushilfe als Capläne, Cooperatoren oder Vicarien in die Seelsorge ausgesetzt werden, wenn sie während einer solchen zeitlichen Verwendung sterben [1]), sowie von dem Nachlasse der Feldcapläne, welche Ordensgeistliche sind (Hfd. vom 4. Jänner 1787).

c) Rücksichtlich der nach aufgehobenen Orden in den Weltpriesterstand übergetretenen Geistlichen und der Nonnen der aufgehobenen Klöster verfügt die Resol. vom 9. Juli 1774, das Hfd. vom 30. August 1782, vom 26. October und 6. November 1786, Nr. 593 der J. G. S., und das Pat. vom 11. Jänner 1787 (Kropatscheck'sche G. S. Bd. 13, S. 584), „daß, falls sie keine letztwillige Anordnung errichtet hätten, oder ihre letztwillige Anordnung zu Gunsten Auswärtiger lautete, die gesetzliche Erbfolge Platz greifen, und wenn von den durch die gesetzliche Erbfolge berufenen Verwandten niemand in den k. k. Erbländern wohnt, die Verlassenschaft dem Fiscus zufallen solle." Dieselbe Bestimmung hat nach dem Hfd. v. 26. Oct. 1786 auch von den Exlaienbrüdern zu gelten, welche Gelübde haben oder Pensionen genießen. Hinsichtlich der ungarischen Exreligiosen, die aus dem ungarischen Studien- oder Religionsfonde pensionirt sind, verfügen die Normalien vom 4. März 1778 und 14. October 1779, dann die Hfd. v. 10. Juni 1801, Nr. 530 der J. G. S., und 6. Februar 1810, Nr. 898 ebd., daß der Nachlaß derselben in drei Theile zu theilen sei, wovon ein Theil dem ungarischen Fonde, aus dem sie ihre Pension bezogen, ein Theil den Verwandten, und endlich der dritte Theil den Armen, oder wenn die Verwandten selbst zu den wahrhaft Armen gehören, ebenfalls den Verwandten zuzuwenden sei.

d) Stirbt das Oberhaupt oder ein Mitglied des deutschen Ordens, so fällt nach §. 13 der Statuten v. 28. Juni 1840, Nr. 451 der J. G. S., dessen freieigenes Vermögen dem Orden zu; nur muß den Notherben desselben der ihnen allenfalls gebührende Pflichttheil verabfolgt werden. — Stirbt ein Ordenspriester, ohne die licentiam testandi nachgesucht, oder ohne von der ihm ertheilten Erlaubniß Gebrauch gemacht zu haben, so fällt nach zuvor erfolgtem Pflichttheile an seine etwa noch lebenden Eltern sein freieigenes Vermögen auf den hoch- und deutschmeisterischen Besitzungen ganz seiner Kirche, bei den Bailleien aber zur Hälfte dieser und zur andern Hälfte der Bailleicasse zu (Hfkzld. vom 16. Jänner 1841, pol. G. S. Bd. 69, S. 10).

e) Die bisher erörterten Bestimmungen scheinen auch dann zur Anwendung kommen zu müssen, wenn der verstorbene Geistliche aus einer früheren Ehe Kinder hinterlassen hat, denn der §. 761 beruft sich ohne Unterschied und ausnahmslos auf die in den politischen Gesetzen über die Erbfolge in das Vermögen geistlicher Personen enthaltenen Anordnungen; diese nehmen aber auf das Vorhandensein von Kindern keine besondere Rücksicht. Die eigenthümlichen Abweichungen derselben gründen sich überdieß auf die Betrachtung, daß oft der größte Theil, nicht selten die ganze Verlassenschaft, bloß aus den Einkünften der Kirche herrührt, daher die Gesetzgebung gewiß keiner Kargheit beschuldiget werden kann, wenn sie den Kindern einen eben so großen Theil des Vermögens einräumt als der Kirche, von welcher dasselbe herrührt, und der Beförderung der frommen Zwecke, zu deren Erreichung die Kirchengüter ihrer Natur und dem Willen frommer Stifter gemäß bestimmt sind. Wenn endlich die gesetzliche Erbfolge überhaupt auf den vermutheten Willen des Erblassers sich gründet, so ist von einem geistlichen Pfründner gewiß zu vermuthen, daß er von einer, allen Rücksichten und Verhältnissen entsprechenden Gesinnung beseelt, mit der Liebe für seine Kinder auch die Rücksicht auf die Förderung der Kirchenzwecke verbinden wollte [2]).

---

1) Hierdurch wurden die das Gegentheil bestimmenden Vdgen. vom 21. April 1786 (Nr. 542 der J. G. S.), 12. December 1788 (Kropatscheck'sche G. S. Bd. 15, S. 900) und vom 22. December 1788 (Nr. 939 der J. G. S.) aufgehoben.

2) S. Dr. A. v. Gapp: Abhandlung über einige schwierige Fragen in Beziehung auf das Erbrecht der von einem bepfründet gewesenen katholischen Weltgeistlichen des römischen Ritus in einer früheren Ehe

f) Hinsichtlich des griechisch-unirten Clerus bestimmten die Vdgen. v. 30. December 1784 (Pill. G. S. Jahrg. 1785, Nr. 8) und vom 17. Oct. 1799, Nr. 484 der J. G. S.[1]), daß derselbe, insoweit er verheiratet ist und Kinder hat, von den, über die Erbfolge in das Vermögen geistlicher Personen bestehenden Anordnungen ausgenommen sei, daß sich diese folglich nur auf die Unverehelichten und auf den höheren Clerus des griechisch-unirten Ritus erstrecken; und das Hfkzld. v. 14. Juni 1843 (pol. G. S. Bd. 71, S. 167), sowie das Hfd. v. 27. Juni 1843, Nr. 712 der J. G. S., entschied, daß die Intestat-Verlassenschaften der griechisch-unirten Pfarrer in Galizien, wenn dieselben eine Witwe oder Waisen, oder beide zugleich hinterlassen, nach den Vorschriften des a. b. G. B., wenn sie aber weder Gattin noch Kinder hinterlassen, nach den besonderen, für die Intestaterbfolge des katholischen Curat-Clerus gegebenen Vorschriften zu behandeln seien[2]). Für die griechisch-nichtunirte Geistlichkeit in der Militärgränze bestimmt das Declaratorium illyricum vom 16. September 1779, daß bei Intestaterbfällen des Erzbischofes und Carlowitzer Metropoliten, sowie der Bischöfe, wenn nicht etwa Descendenten derselben vorhanden sind, die Hälfte ihres erworbenen Vermögens dem Carlowitzer Schulfonde, die andere Hälfte der Nationalcasse anheimfällt. In das Vermögen des niederen Clerus dieser Confession succedirt, wenn keine Nachkommen am Leben sind, zur Gänze der Erzbischof von Carlowitz. In Betreff desjenigen Theiles des Vermögens, wozu nach obigem die Verwandten des Verstorbenen berufen sind, haben die Bestimmungen des a. b. G. B. über die gesetzliche Erbfolge einzutreten.

g) Hinsichtlich der Nachfolge in das Vermögen der Pastoren helvetischer Confession gelten die allgemeinen Bestimmungen der gesetzlichen Erbfolge (Hfd. v. 21. September 1797, Nr. 376 der J. G. S.).

Vierzehntes Hauptstück.

Von dem Pflichttheile und der Anrechnung in den Pflicht- oder Erbtheil.

§. 762.

Welchen Personen als Notherben ein Pflichttheil gebühre.

Die Personen, welche der Erblasser in der letzten Anordnung mit einem Erbtheile bedenken muß, sind seine Kinder; und in deren Ermanglung seine Eltern.

§. 763.

Unter dem Namen Kinder werden nach der allgemeinen Regel (§. 42) auch Enkel und Urenkel; und unter dem Namen Eltern alle Großeltern begriffen. Es findet hier zwischen dem männlichen und weiblichen Geschlechte; zwischen ehelicher und unehelicher Geburt kein Unterschied Statt, sobald für diese Personen das Recht und die Ordnung der gesetzlichen Erbfolge eintreten würde.

§. 764.

Der Erbtheil, welchen diese Personen zu fordern berechtigt sind, heißt: Pflichttheil; sie selbst werden in dieser Rücksicht Notherben genannt.

---

erzeugten Kinder in das Vermögen ihres Vaters nach österreichischen Gesetzen (Zeitschr. für österr. Rechtsgel. 1826, I., S. 1).

[1]) Gapp erwähnt auch noch eines Hfd. v. 20. October 1794.

[2]) Durch die letzterwähnte Verordnung sind jene Zweifel beseitiget worden, welche in der Praxis in Ansehung des Falles bestanden, wenn der Verstorbene nur eine Witwe und sonstige Anverwandte, aber keine Kinder zurückgelassen hatte. — Vgl. Dr. A. Treitler: Erörterung der Frage: ob und inwiefern die über die gesetzliche Erbfolge nach einem ohne letztwillige Anordnung verstorbenen Geistlichen bestehenden besonderen Gesetze auch auf den Nachlaß eines griechisch-katholischen Seelsorgers Anwendung finden? (Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1841, II., S. 227.)

1. Obschon unsere Gesetzgebung, mit den meisten übrigen Gesetzgebungen der älteren und neueren Zeit, im Erbrechte die Freiheit der letztwilligen Verfügung anerkannt, und den Grundsatz festgehalten hat, daß der gesetzmäßig erklärte Wille des Erblassers heilig gehalten und zur Ausführung gebracht werden solle, so hielt sie es doch anderseits für nothwendig, dieser Freiheit durch die Vorschrift beschränkend entgegen zu treten, daß gewissen, durch die Bande der Familie auf das innigste mit dem Erblasser verknüpfte Personen ein bestimmter Theil seines Nachlasses auch gegen den erklärten Willen desselben zufallen muß, wofern nicht gewichtige, im Gesetze eben wieder insbesondere namhaft gemachte Gründe eine Ausnahme rechtfertigen [1]). So entstand das Rechtsinstitut des Pflichttheiles, als desjenigen Antheiles an dem Vermögen des Erblassers, welchen das Gesetz gewissen Personen, die man in dieser Rücksicht Notherben zu nennen pflegt (§. 764), vorbehalten hat.

2. Das älteste römische Recht (die zwölf Tafel-Gesetze) hatte sich streng an den Grundsatz gehalten: Pater familias uti legassit, ita jus esto. Die Verfügung über den Nachlaß lag daher ganz in der Willkür des Testators, da man mit Grund erwarten zu können glaubte, daß jeder Erblasser seine nächsten Angehörigen ohnehin bedenken werde. Allein die Erfahrung zeigte, daß oft das Gegentheil stattfand, und häufig, mit gänzlicher Ausschließung der Verwandten, nicht nur fremde, sondern sogar auch minder würdige Personen zu Erben berufen wurden. Die Praxis der Centumviralgerichte suchte diesem Uebelstande dadurch zu begegnen, daß sie Klagen auf Umstoßung solcher pflichtwidrigen Testamente (querela inofficiosi testamenti) zu Gunsten der übergegangenen nächsten Verwandten stattgab, wenn diese beweisen konnten, daß sie sich gegen den Erblasser nichts hatten zu Schulden kommen lassen, indem man hierbei von der Ansicht ausging, daß der Erblasser gleichsam nicht bei gesunden Geisteskräften gewesen sei, indem er sich bei Errichtung seines letzten Willens, mit Hintansetzung der natürlichen Pietät, durch rechtswidrige Einflüsse leiten ließ. Nach und nach setzte sich, wahrscheinlich in Nachahmung der falcidischen Quart, die Gewohnheit fest, daß der Testator seinen nächsten Angehörigen einen Viertheil des Nachlasses zuwenden mußte, um das Testament vor ihren Anfechtungen zu sichern; und ebenso bildete sich die Uebung heraus, daß nur die Kinder, Eltern und Geschwister (letztere jedoch unter gewissen Beschränkungen) für berechtigt erkannt wurden, mit der obgedachten Klage aufzutreten. Diese Bestimmungen wurden später durch kaiserliche Constitutionen näher begründet, welche endlich in den Novellen 115 und 118 Justinian's ihren Abschluß erhielten. Mit der Reception des römischen Rechtes überhaupt sind auch die Anordnungen desselben über den Pflichttheil der Notherben (die portio legitima), wenigstens nach ihren wesentlichen Grundlagen in unser heimisches Recht übergegangen. Dieses bot, wie in den übrigen Theilen des Erbrechtes, so auch hier, mannigfaltige Verschiedenheiten dar. So hatten z. B. im Erzherzogthume Oesterreich nur die Kinder Anspruch auf einen Pflichttheil [2]), während die böhmische und mährische Landesordnung und die böhmischen Stadtrechte hiervon abweichende Bestimmungen enthielten [3]). Das schon oben (S. 331 d. W.) angeführte Gesetz v. 28. Mai 1720 bestimmte in den §§. 1

---

[1]) Wie die Idee der Familie im Intestaterbrecht ihr Gebiet hat — sagt Perthaler in seiner Abhandlung zur Theorie der Verzichtleistung auf das Erbrecht (Jurist. Bd. 9, S. 410) — so hat die Idee des Subjects ihr besonderes Gebiet im Erbrechte kraft letztwilliger Verfügung. Beide Ideen haben ihr berechtigtes Dasein, aber sie beschränken sich beide, wo sie beide zu gelten haben. Durch die Freiheit der letztwilligen Verfügung darf die Idee der Familie nicht ganz beseitiget werden; daher herrscht diese in einem Antheile der ganzen Erbschaft; dieser Antheil, welcher der ursprünglich allein herrschenden Familienidee gesichert blieb, ist der Pflichttheil. In dem Pflichttheil tritt demnach gegen das zur Bethätigung des Einzelwillens gesetzte testamentarische Erbrecht, das in seinem wesentlichen Grunde unzerstörbare Familienrecht zur gesetzlichen Erscheinung. Der Pflichttheil ist der subjectiven Willkür nicht unterworfen, sondern frei über dieselbe erhoben; nur über den Rest mag die Willkür verfügen (a. a. O., S. 421).

[2]) S. Vossius: leges et consuetudines austriacae. p. 223.

[3]) Vgl. Ph. Olschbauer: Kurze vergleichende Zusammenstellung der Anordnungen des a. b. G. B. über den Pflichttheil mit jenen des römischen Rechtes. Wien 1825. Seite 8.

und 3 des 12. Tit., daß selbst unter den Kindern der begüterten Männer die Töchter, so lange der männliche Stamm in auf- oder absteigender Linie noch dauert, auf die Erbschaft ihres Vaters gar keinen Anspruch, sondern bloß das Recht haben sollen, von dem männlichen Nachfolger ein Heiratsgut und eine angemessene Ausstattung zu fordern. In Betreff der mütterlichen Verlassenschaft wurden dagegen die Söhne und Töchter gleichgehalten. Dem älteren polnischen Rechte war der Pflichttheil in seiner heutigen Gestaltung gänzlich fremd. Der Entwurf unseres a. b. G. B. bezeichnet im §. 562 des II. Thls. als diejenigen Personen, welche der Erblasser in seiner letztwilligen Verordnung mit einem Erbtheile bedenken muß, vor allen seine Kinder, in Ermanglung derselben seine Eltern, endlich seine Ehegatten, selbst wenn seine Kinder und Eltern noch am Leben sind. Daraus sind nun, mit einigen nicht unwesentlichen Modificationen, die in den §§. 762 und 763, 765 und 766 unseres a. b. G. B. enthaltenen Verfügungen hervorgegangen.

3. Der Ausdruck Notherbe ist nicht ganz passend, zumal schon im römischen Rechte unter heres necessarius ganz etwas anderes verstanden wurde; ebenso wenig darf die Bestimmung des §. 762, vermöge welcher der Erblasser gewisse Personen in seiner letzten Anordnung mit einem Erbtheile bedenken muß, buchstäblich aufgefaßt werden; denn der §. 774 sagt im Gegentheile, daß der Pflichttheil in Gestalt eines Erbtheiles oder Vermächtnisses, auch ohne ausdrückliche Benennung des Pflichttheiles, hinterlassen werden kann; das Wesen des Pflichttheiles besteht also nur darin, daß er dem Notherben kraft des Gesetzes auch gegen den Willen des Erblassers gebührt, so daß (nach §. 775) ein Notherbe, welcher ohne die vorgeschriebenen Bedingungen enterbt worden, den ihm gebührenden vollen Pflichttheil, oder wenn er in dem reinen Betrage des Pflichttheiles verkürzt worden ist, die Ergänzung desselben fordern kann.

4. Nach den Bestimmungen unseres bürgerlichen Gesetzbuches gebührt ein Pflichttheil überhaupt nur den Kindern, worunter aber auch die Enkel und Urenkel, also die Descendenten überhaupt, und den Eltern, worunter auch die Großeltern oder Ascendenten begriffen werden, ohne Unterschied des männlichen oder weiblichen Geschlechtes, keineswegs aber auch den Geschwistern oder anderen Seitenverwandten des Erblassers, wiewohl diese bei der Intestaterbfolge an die Stelle ihrer vorverstorbenen Eltern getreten wären; denn hier handelt es sich nicht um die Vertheilung des Nachlasses nach dem vernünftiger Weise zu vermuthenden Willen des Verblichenen, sondern um eine Beschränkung seiner entgegenstehenden Willenserklärung, die nur aus den wichtigsten Gründen, also nur mit Rücksicht auf das innigste Verhältniß, wie es zwischen Eltern und Kindern obwaltet, stattfinden kann. Deßhalb hat unser a. b. G. B. auch dem überlebenden Ehegatten kein Recht auf den Pflichttheil eingeräumt, sondern im §. 796 nur bestimmt, daß ihm, wenn für den Fall des Ueberlebens keine Versorgung bedungen worden ist, und so lange er nicht zur zweiten Ehe schreitet, der mangelnde anständige Unterhalt gebühre, auf welchen aber ein aus seinem Verschulden geschiedener Ehegatte keinen Anspruch hat.

5. Damit aber ein Descendent oder Ascendent des Erblassers als pflichttheilsberechtigt erscheine, muß er sich überdieß in einem solchen Verhältnisse zu demselben befinden, daß für ihn das Recht der gesetzlichen Erbfolge eintreten würde (§. 763). Demnach gehören zu den Notherben: a) die ehelichen Descendenten und Ascendenten, letztere bis zu den dritten Urgroßeltern inclusive (§. 731); b) die durch nachfolgende Ehe ihrer Eltern legitimirten Kinder, so wie diejenigen, welchen ungeachtet eines bei Verehelichung ihrer Eltern bestandenen Hindernisses die besondere Begünstigung des §. 160 zukömmt (§. 752); dann die durch Begünstigung des Gesetzgebers legitimirten Kinder, wenn sie auf Ansuchen des Vaters, um gleiche Rechte mit den ehelichen Kindern in dem freivererblichen Vermögen zu genießen, legitimirt worden sind; c) die unehelichen Kinder in Beziehung auf das Vermögen

der Mutter (§. 754); d) die Wahlkinder (so wie deren Nachkommen) [1]) hinsichtlich desjenigen, der sie an Kindesstatt angenommen hat (§. 755 und Hfd. v. 10. Mai 1835, Nr. 2610 der J. G. S.); e) die Eltern in Ansehung des Nachlasses ihrer legitimirten Kinder, und zwar bei der Legitimation durch Begünstigung des Landesfürsten unter der sub c) angeführten Bedingung [2]); f) die Mutter ihrem unehelichen Kinde gegenüber (§. 756). Dagegen steht den Wahleltern kein Notherbrecht auf die Verlassenschaft des Wahlkindes zu (§. 756). Da übrigens nach §. 22 auch ungeborne Kinder von dem Zeitpunkte ihrer Empfängniß an, insoweit es um ihre Rechte zu thun ist, schon als geboren angesehen werden, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die postumi nach österreichischem Rechte ebenso zum Pflichttheile berufen sind, wie nach römischen Gesetzen.

6. Die Notherben können aber nicht alle vereint den Pflichttheil fordern, sondern es tritt auch hier die gleiche Ordnung, wie bei der Intestaterbfolge ein (§. 763). Die Ascendenten werden also von den Descendenten ausgeschlossen (§§. 730 und 735); unter diesen gehen wieder die Kinder des ersten Grades den von ihnen selbst abstammenden Enkeln oder Urenkeln vor, so daß Enkel von noch lebenden Kindern, und Urenkel von noch lebenden Enkeln keinen Pflichttheilsanspruch haben (§. 732). Ist aber ein Kind des Erblassers vor demselben gestorben, und sind von demselben ein oder mehrere Enkel vorhanden, so treten diese entfernteren Abstämmlinge allerdings in das Recht des Verstorbenen ein (§. 733) [3]). Ist niemand vorhanden, der von dem Erblasser selbst abstammt, so gebührt der Pflichttheil zunächst seinen Eltern (§. 735); wenn aber einer dieser Elterntheile mit Hinterlassung von Nachkömmlingen bereits verstorben wäre, so haben diese letzteren keinen Anspruch auf einen Pflichttheil, wiewohl sie bei der Intestaterbfolge in das Recht des verstorbenen Elterntheiles eintreten (§. 735), weil nach unserem Gesetze die Seitenverwandten überhaupt nicht zu den Notherben gehören. Ebensowenig geht die Pflichttheilsberechtigung an die entfernteren Ascendenten über, weil diese erst in der nächstfolgenden Linie stehen, nach der für die Intestaterbfolge geltenden Ordnung aber, welche eben auch für das Notherbrecht maßgebend ist, jede nähere Verwandtschaftslinie die entferntere ausschließt (S. 333 d. W.) [4]). Sind beide Eltern des Erblassers verstorben, aber Nachkömmlinge derselben vorhanden, so ist der Erblasser in seinem letztwilligen Verfügungsrechte gar nicht beschränkt, denn die gedachten Nachkömmlinge sind, wie eben erwähnt wurde, überhaupt nicht pflichttheilsberechtigt, für die etwa vorhandenen Großeltern aber tritt die Ordnung der gesetzlichen Erbfolge nicht ein (§. 736); dieß findet erst dann statt, wenn die Eltern des ersten Grades weder Kinder noch andere Abstämmlinge hinterlassen haben (§. 737).

7. Auch der Notherbe kann den ihm gebührenden Pflichttheil nur dann fordern, wenn er überhaupt erbfähig ist (§. 767). Hierbei entsteht aber die weitere Frage, was dann zu gelten habe, wenn der zunächst berufene Notherbe nach dem Gesetze zu erben unfähig ist, aber erbfähige Nachkommen desselben vorhanden sind, die an sich in die Classe der pflichttheilsberechtigten Personen gehören? In folgerichtiger Anwendung der oben (S. 334 und 335 d. W.) gemachten Bemerkung

---

[1]) S. §. 183 und Nippel's Beiträge zur Lehre vom Pflichttheile nach dem a. b. G. B. in Pratobevera's Mater. Bd. 6, S. 263.

[2]) S. Unger, Erbr. S. 337.

[3]) Nichtsdestoweniger können wir der Ansicht nicht beipflichten, daß die entfernteren Nachkommen den Pflichtheil bloß jure repraesentationis anzusprechen haben, wie Nippel (in seiner Erläuterung der gesetzlichen Bestimmungen über den Pflichttheil und die Anrechnung in denselben nach dem a. b. G. B. Linz, 1828, und in seinen Erläut. Bd. 5, S. 65) und Schuster (in seiner Prüfung einiger im Zeiller'schen Commentar vorkommenden Ansichten. IV., Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1831, II., S. 133) behaupten, da wir schon oben (S. 332 d. W.) darzuthun versuchten, daß sich das Vorstellungsrecht nur auf die Vertheilung des Nachlasses beziehe. Diese Ansicht theilen auch Zeiller (Comment. Bd. 2, S. 767), Winiwarter (bürgl. Recht, Bd. 3, S. 29) und Scheidlein (in seinen Miscellen aus dem Gebiete der bürgerlichen und der mit derselben verwandten politischen Gesetzgebung des österreichischen Kaiserstaates. Wien, 1820, Hft. 2).

[4]) S. Unger, Erbr. S. 337 und 338, Anmerkg. 5.

müssen wir behaupten, daß die entfernteren Abstämmlinge auch in Beziehung auf den Pflichttheilsanspruch von ihren noch lebenden Ascendenten ausgeschlossen werden, wovon nur in Ansehung der unbefugt Ausgewanderten und der Deserteurs eine Ausnahme Platz zu greifen scheint.

8. In gleicher Weise müssen wir uns daher aussprechen, daß in dem Falle, als der vermöge der angegebenen Ordnung zunächst berufene Notherbe unfähig und außer ihm kein anderer in derselben Classe vorhanden ist, die Pflichttheilsberechtigung sogar auf die nächstfolgende Classe der Notherben übergehe, so daß z. B. die Eltern des Erblassers den Pflichttheil fordern können, wenn der Verstorbene ein einziges, zu erben unfähiges Kind hinterlassen hat [1]).

9. Der Pflichttheilsanspruch kann, wie jeder andere Erbrechtsanspruch, erst nach dem Tode desjenigen geltend gemacht werden, auf dessen Vermögen er dem Notherben zusteht; und nur die gerichtliche Todeserklärung begründet hiervon eine Ausnahme (vgl. oben S. 135 d. W.). Deßhalb bestimmte auch das Hfd. vom 1. October 1821, Nr. 1804 der J. G. S., daß jüdische Eltern oder Vormünder nicht mehr angehalten werden sollen, nach Maß ihres Vermögens ihrem zum Christenthume übergetretenen Kinde den Pflichttheil sicher zu stellen, wie dieß in dem a. h. Rescripte vom 15. Februar 1765 angeordnet worden war; und deßhalb kann auch eine selbst unter Lebenden gemachte Schenkung wegen Verkürzung des Pflichttheiles von den Abstämmlingen des Geschenkgebers erst nach dessen Tode angefochten werden (§. 951).

§. 765.

In welchen Betrage [ein Pflichttheil gebühre];

Als Pflichttheil bestimmt das Gesetz jedem Kinde die Hälfte dessen, was ihm nach der gesetzlichen Erbfolge zugefallen wäre.

§. 766.

In der aufsteigenden Linie gebührt jedem Notherben als Pflichttheil ein Drittheil dessen, was er nach der gesetzlichen Erbfolge erhalten haben würde.

1. Sowie in der Bestimmung der Person der Notherben, so weichen die Gesetzgebungen auch in der Bestimmung der Größe des Pflichttheiles ab. Nach der römischen Civilpraxis hatte sich das Ausmaß desjenigen Theiles, welcher den Notherben hinterlassen werden mußte, allmälig auf ein Viertheil der Intestatportion festgesetzt, und war in diesem Betrage auch durch die kaiserlichen Constitutionen erhalten worden, als Justinian in der Nov. 18 die Verfügung traf, daß der Pflichttheil ein Drittheil oder die Hälfte der Intestaterbportion des Notherben zu betragen habe, je nachdem vier und weniger oder fünf und mehr Notherben vorhanden sind. Das ältere österreichische Recht hatte dieses Ausmaß des Pflichttheiles unverändert beibehalten, der Entwurf unseres a. b. G. B. aber setzte fest, daß einem minderjährigen Kinde die Hälfte, einem großjährigen aber nur ein Drittheil des Intestaterbtheiles gebühre, und daß die Eltern und der überlebende Ehegatte ebenfalls ein Drittheil dessen erhalten sollen, was ihnen in Ermanglung einer letztwilligen Anordnung zugefallen wäre. Man ging dabei von der Betrachtung aus, daß das großjährige Kind meist schon mehr zur Versorgung empfangen habe, und der Unterstützung minder bedürftig sei als das minderjährige, dann daß die Verpflichtungen der Kinder gegen ihre Eltern hinsichtlich des Vermögens auch in anderen Beziehungen nicht so ausgedehnt seien, als die Verpflichtungen der Eltern gegen die Kinder. Unser a. b. G. B. hat nun den Pflichttheil der Eltern in dem eben bemerkten Ausmaße erhalten, den der Kinder aber auf die Hälfte des Intestaterbtheiles erhöht, und den Unterschied zwischen minderjährigen und volljährigen Kindern aufgehoben, da, wie

---

[1]) S. Nippel, Erläuter. Bd. 5, S. 67. — Fierlinger, das Recht auf den Pflichttheil nach dem all. bürgerl. Ges. Buche im Gerichtssaal. Jahrgang 1853, Nr. 20. — Anderer Meinung ist Scheidlein, a. a. O. §§. 3—5, dann Unger, Erbr. S. 338, Anmerkg. 5.

Zeiller (Comment. Bd. 2, S. 769) bemerkt, der erste Grund für eine geringere Betheilung eines großjährigen Kindes sich durch die Einrechnung (nach §. 788) behebt, der zweite Grund aber nur selten eintrifft, weil viele Jünglinge im Alter der Großjährigkeit noch kaum aus den Studien getreten, und von einer anständigen Versorgung noch weit entfernt sind, und andere Großjährige, vorzüglich des weiblichen Geschlechtes, wenn sie verehelicht sind, Familie, folglich vermehrte Bedürfnisse haben, wogegen die minderjährigen Kinder früher zum Besitze des Erbtheiles gelangen, der durch die während ihrer Minderjährigkeit ersparten Einkünfte oft sehr beträchtlich vermehrt wird, zu geschweigen, daß die ersteren, aus dem Hause ihrer Eltern entfernt, weit mehr Gefahr laufen, durch Erbschleicher um die Gunst ihrer Eltern gebracht, und im Erbtheile verkürzt zu werden. Auch auf die Zahl der vorhandenen Kinder hat unser G. B. keine Rücksicht genommen, wie dieß nach dem Vorgange des römischen Rechtes im preußischen Landrechte und im französischen Civilgesetzbuche geschehen ist. Allein Zeiller erinnert hiergegen, daß die Gesetzgebung auf seltene Fälle des Mißbrauches und der Härte des Testators keine Rücksicht nehmen könne, und daß es genüge, wenn nur die Regel im allgemeinen gerecht und billig sei. Die größere Zahl der Kinder sei ein Zufall, der auch den Intestaterbtheil der Kinder vermindert, und gerade hier sei oft eine Ausgleichung nöthig, z. B. bei gebrechlichen, verwaisten oder solchen Abstämmlingen, die schon eine größere, vielleicht zur Anrechnung nicht geeignete Unterstützung genossen haben; auch gilt es ja oft, unbeugsame Kinder durch die Drohung, sie auf den bloßen Pflichttheil zu setzen, im Zaume zu halten, während unnatürliche Eltern immer Mittel finden werden, das Gesetz zu umgehen. Es scheint daher, daß die Verfügung unseres a. b. G. B. die billigen Ansprüche der Notherben mit der Testirungsfreiheit des Erblassers in den möglichsten Einklang gebracht, und diesem immer noch die Macht in Händen gelassen habe, zu belohnen und zu strafen, auf die verschiedenen Bedürfnisse der Notherben selbst Rücksicht zu nehmen, und auch andere Personen, denen er etwa besonderen Dank schuldig ist, zu bedenken.

2. Den Kindern gebührt nach §. 765 als Pflichttheil die Hälfte dessen, was ihnen nach der gesetzlichen Erbfolge zugefallen wäre. Da sie nun zufolge §. 732 ab intestato die ganze Erbschaft erlangen, so muß ihnen als Pflichttheil die Hälfte derselben zufließen, während die andere Hälfte dem Erblasser zur freien Verfügung vorbehalten bleibt. Mehrere Kinder theilen nach eben jenem §. 732 im Falle der Intestaterbfolge die Erbschaft nach ihrer Zahl in gleiche Theile; es sind also auch die Pflichttheilsansprüche derselben gleich, und die Ausmittlung des einem jeden gebührenden Antheiles geschieht am einfachsten dadurch, daß man den Nachlaß durch die doppelte Anzahl der Kinder theilt. Hätte z. B. der Erblasser A (vgl. die Tabellen oben S. 336 d. W.) drei Kinder B, C und D hinterlassen, so gebührt jedem derselben als Pflichttheil $1/_6$, mithin bei einem Nachlasse von 12.000 fl. ein Betrag von 2000 fl. — Ist ein Kind nicht mehr am Leben, so fällt der Intestaterbtheil, welcher dem verstorbenen Kinde gebührt hätte (nach §. 733) dem von demselben zurückgelassenen Enkel ganz oder den mehreren Enkeln zu gleichen Theilen zu. E und F (die Söhne des früher verstorbenen B) erhielten demnach als Pflichttheil (der die Hälfte des Intestaterbtheiles ausmacht) $1/_{12}$ oder 1000 fl., und wären (s. oben S. 336) E, J, L, G und H vorhanden, so bekäme E $1/_{12}$, J $1/_{24}$, L $1/_{24}$, C $1/_6$, G $1/_{12}$ und H $1/_{12}$ (zusammen $12/_{24}$), während die andere Hälfte der freien Disposition des Erblassers anheimfällt.

3. Ist außer den überlebenden Kindern auch noch der Ehegatte des Erblassers vorhanden, so entsteht die Frage, ob dessen Concurrenz nicht etwa den Pflichttheil der Kinder vermindere? Diese Frage muß aber verneint werden; denn der überlebende Ehegatte hat nach §. 796 keinen Anspruch auf einen Pflichttheil; aber auch bei der Intestaterbfolge gebührt ihm in Concurrenz mit Kindern bloß ein bestimmter Theil der Verlassenschaft zum lebenslangen Genusse, das

Eigenthum davon bleibt den Kindern (s. oben S. 345); diese erhalten also den nämlichen Erbtheil, es mag ein Ehegatte vorhanden sein oder nicht, nur daß im ersten Falle ihre Antheile mit dem Fruchtgenusse des Gatten belastet erscheinen, während diese Belastung im zweiten Falle nicht Platz greift; es übt also auch das Dasein des Gatten auf die Bemessung des Pflichttheiles der Kinder keinen Einfluß [1]).

4. Sind keine Abstämmlinge des Erblassers, aber die Eltern desselben vorhanden, so gebührt ihnen als Pflichttheil nach §. 766 ein Drittheil dessen, was sie nach der gesetzlichen Erbfolge erhalten haben würden; da sie nun in diesem Falle nach §. 735 die ganze Erbschaft zu gleichen Theilen unter sich theilen würden, so erlangt als Pflichttheil jeder $^1/_6$ des Nachlasses; es würde also in dem oben S. 337 angeführten Beispiele M und N jeder $^1/_6$ oder 2000 fl. bei einem Nachlasse von 12.000 fl. erhalten.

5. Ist eines der Eltern verstorben, so treten bei der Intestaterbfolge (nach §. 735) dessen nachgelassene Kinder oder Nachkömmlinge in sein Recht ein, und es wird die Hälfte, die dem Verstorbenen gebührt hätte, unter sie getheilt. Dieses Eintreten unter den Seitenverwandten in die Rechte der verstorbenen Ascendenten kann aber bezüglich des Pflichttheiles nicht Platz greifen, weil die Seitenverwandten überhaupt keinen Anspruch auf einen Pflichttheil haben. Deßhalb meinen einige Schriftsteller [2]), daß der Pflichttheil des vorverstorbenen Elterntheiles dem andern überlebenden Elterntheile zuwachse, dieser also in Concurrenz mit Seitenverwandten $^2/_6$ ($^1/_3$) des Nachlasses als Pflichttheil anzusprechen habe. Allein diese Behauptung scheint uns durchaus nicht gerechtfertigt zu sein; denn nach der Vorschrift des §. 766 gebührt jedem Notherben in der aufsteigenden Linie ein Drittheil dessen, was er nach der gesetzlichen Erbfolge erhalten würde. Da nun der eine überlebende Elterntheil bei der gesetzlichen Erbfolge in dem Falle, als der verstorbene andere Elterntheil Abstämmlinge hinterlassen hat, immer nur die Hälfte des Nachlasses erhält, so kann auch sein Pflichttheil nicht mehr als $^1/_3$ dieser Hälfte, mithin $^1/_6$ der ganzen Erbschaft betragen [3]).

6. Sind beide Eltern des Erblassers ohne Nachkömmlinge verstorben, so kommt nach den Regeln der Intestaterbfolge (§. 738) die ganze Erbschaft auf des Erblassers Großeltern, und jeder erhält $^1/_4$ des Nachlasses (§. 739). Als Pflichttheil würde also in obigem Beispiele (S. 338 d. W.) dem U, V, W und X je $^1/_{12}$ des Nachlasses, also 1000 fl., wenn dieser 12.000 fl. beträgt, gebühren. Ist eines der Großeltern verstorben, so wiederholen sich die unter Z. 5 gemachten Bemerkungen.

7. Concurrirt ein überlebender Ehegatte mit den Eltern, so vermindert er, ob er gleich selbst keinen Anspruch auf einen Pflichttheil hat, dennoch den Pflichttheil der Eltern, denn der überlebende Ehegatte erhält in diesem Falle nach §. 758 das unbeschränkte Eigenthum an dem vierten Theile des Nachlasses ab intestato

---

[1]) Winiwarter, bürgl. Recht, Bd. 3, S. 333. — Unger (Erbrecht, S. 340, Anmerkg. 1.) meint dagegen, daß auf diese Art der Pflichttheil der Kinder größer ausfallen würde, als es dem aufgestellten Maßstabe entspricht, da der Intestaterbtheil des Pflichttheilsberechtigten zu hoch angenommen wird; es müßte deßhalb wohl auch der mit Kindern concurrirende Gatte partem facere ad minuendam legitimam.

[2]) So z. B. Wildner in dem Aufsatze: Der Pflichttheil eines der Eltern im Verhältnisse zu Seitenverwandten des Erblassers. Jurist, Bd. 17, S. 313. Der Verfasser wurde zu obiger Ansicht vorzüglich dadurch verleitet, daß nach der entgegengesetzten Auslegung eine uneheliche Mutter bezüglich ihres Pflichttheilsanspruches auf das Vermögen des Kindes besser daran wäre, als eine eheliche Mutter, indem jene $^1/_3$, diese nur $^1/_6$ des Nachlasses erhielte. Allein wir finden hierin (mit Dr. Leopold Schiestel in seinen Gegenbemerkungen über eine neue Auslegung des §. 766 des a. b. G. B. im Jurist, Bd. 18, S. 110) keine Inkonsequenz; denn auch der Intestaterbtheil der unehelichen Mutter ist schon größer als jener der ehelichen, was ganz natürlicher Weise daher rührt, daß das Successionsrecht in den Nachlaß des Kindes bei den ehelichen Eltern getheilt ist und in Ermanglung des einen dieser Elterntheile auf dessen Descendenten übergeht, während bei dem unehelichen Kinde diese gleichzeitige Succession wegfällt, weil eben das uneheliche Kind an den Rechten der Verwandtschaft und Familie nicht Theil nimmt, weder auf den Namen noch auf den Nachlaß des Vaters einen Anspruch hat, und nur mit der Mutter in einer so innigen Verbindung steht, daß sie sich wechselseitig ab intestato beerben. — Vgl. übrigens die Erwiderung Dr. v. Wildner's auf die Gegenbemerkungen über seine neue Auslegung des §. 766 des a. b. G. B. (Jurist, Bd. 18, S. 118), die uns aber nicht geeignet scheint, die Richtigkeit der von ihm aufgestellten Behauptung darzuthun.

[3]) S. Nippel, Erläut. Bd. 5, S. 67 und dessen Abhandlung über den Pflichttheil §. 55.

und den Eltern kommen nur $^3/_4$ desselben zu; sie können mithin auch als Pflichttheil nur $^1/_3$ dieses Intestaterbtheiles, also zusammen $^1/_4$ des ganzen Nachlasses beanspruchen; und jeder Elterntheil würde demnach, bei dem Vorhandensein des überlebenden Ehegatten, von einem Nachlasse pr. 12.000 fl. nur 1500 fl. (d. i. $^1/_8$ des ganzen Nachlasses) als Pflichttheil erhalten [1]).

8. Hinsichtlich eines gerichtlich erklärten **Verschwenders** wurde die Behauptung aufgestellt, daß derselbe, wenn er erbfähige Kinder besitzt, diesen schon als **Vater** die Hälfte seines ganzen Vermögens (als Pflichttheil) zu hinterlassen schuldig sei, daß ihm also nur noch die andere Hälfte als sein freivererbliches Vermögen zur Verfügung durch letzten Willen übrig bleibe. Als Verschwender könne er aber laut §. 568 nur über die **Hälfte** dieses seines Vermögens, folglich nur über ein **Viertheil** des Ganzen durch letzten Willen zu Gunsten eines dritten verfügen; das andere Viertheil müsse den Kindern als gesetzlichen Erben zufallen. Ferner würde die im §. 568 enthaltene Einschränkung des Erblassers, der schon bei seinen Lebzeiten den gesetzlichen Erben durch Verschwendung einen beträchtlichen Theil des Vermögens entzogen hat, in Hinsicht auf die Kinder wirkungslos sein, wenn man bei einer buchstäblichen Auslegung des §. 568 stehen bliebe, weil sie dann eben nicht mehr als die **Hälfte** des Nachlasses erhalten würden, die ihnen, auch wenn keine Prodigalitäts-Erklärung stattgefunden hätte, jedenfalls als **Pflichttheil** gesichert war. — Allein mit Recht bemerkt **Nippel** [2]) gegen dieses Raisonnement, daß, wenn jemand in mehreren Rücksichten zu einer Leistung oder Unterlassung verpflichtet ist, dadurch seine Verpflichtung wohl **verstärkt**, aber nicht **erweitert** wird. Der verschwenderische Vater ist als **Vater** und als **Verschwender** verpflichtet, seinen Kindern und respective Erben die Hälfte seines Vermögens zu hinterlassen; thut er dieses wirklich, disponirt er also nur über die **eine Hälfte** seines Vermögens und läßt die **andere** seinen Kindern zurück, so hat er in jeder Hinsicht den Forderungen des Gesetzes Genüge geleistet, und die Kinder können weder aus dem §. 568, noch aus dem §. 765 auf ein **mehreres** Anspruch machen. — Dagegen brauchen sich die **Eltern** eines prodigus allerdings nicht mit dem sonst den Eltern gebührenden Pflichttheile zu begnügen, sondern sie können die eine **Hälfte** der Verlassenschaft ganz im Wege der **Intestaterbfolge** für sich in Anspruch nehmen, da der gerichtlich erklärte Verschwender eben nach §. 568 nur über die andere **Hälfte** seines Nachlasses letztwillig verfügen darf.

9. Eine weitere nicht unbestrittene Frage ist, ob die Notherben eines **Geistlichen** den Pflichttheil nach jenem Ausmaße ansprechen können, welches stattfinden würde, wenn der Erblasser im weltlichen Stande gestorben wäre, oder ob bei der dießfälligen Berechnung die besonderen, bei der gesetzlichen Erbfolge in die Verlassenschaft geistlicher Personen geltenden Bestimmungen (s. oben S. 360 d. W.) zu Grunde gelegt werden müssen? Letztere Ansicht vertheidigen **Gapp** [3]) und **Dworzak** [4]) mit Bezugnahme auf die ausdrückliche Verfügung der §§. 765 und 766, welche als Pflichttheil den Notherben die Hälfte oder ein Drittheil **dessen** zuweisen, was sie nach der gesetzlichen Erbfolge erhalten haben würden. Nach dieser fällt aber den Kindern oder Eltern eines Geistlichen nur ein Drittheil seines Nachlasses zu; es könne ihnen somit als Pflichttheil auch nur $^1/_6$ oder $^1/_9$ desselben gebühren. Da-

---

[1]) Vgl. **Winiwarter** bürgl. Recht, Bd. 3, S. 332 — und die übereinstimmende Entscheidung des Civilgerichtes zu Mailand vom 27. December 1848 und des lombardischen Appellationsgerichtes vom 8. Juni 1849, in der allg. österr. Ger. Zeit. J. 1854, Nr. 26, sowie die Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 1. September 1853, Z. 7654, in Nr. 39 der allg. österr. Ger. Ztg. vom J. 1856.

[2]) Erläut. Bd. 5, S. 73, und in seiner Abhandlung über den Pflichttheil §. 50.

[3]) Abhandlung über einige schwierige Fragen in Beziehung auf das Erbrecht der von einem bepfründet gewesenen katholischen Weltgeistlichen des römischen Ritus in einer früheren Ehe erzeugten Kinder in das Vermögen ihres Vaters (Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1826, II., S. 7).

[4]) Versuch der Feststellung des Grundsatzes, nach welchem die Bemessung des Pflichttheiles der Notherben eines Weltgeistlichen zu geschehen hat (Zeitschr. für österr. Rechtsgel. 1848, I., S. 177). Derselben Ansicht stimmt auch **Helfert** (in seinem Kirchenrechte §. 526, S. 811 und in seiner Abhandlung über das Kirchenvermögen (Prag, 1834, Bd. 2, §. 88, S. 261) bei.

gegen behauptet Winiwarter (bürgl. Recht, Bd. 3, S. 334), daß die rücksichtlich der Verlassenschaft eines Geistlichen bestehenden Abweichungen sich nur auf den Fall der Intestaterbfolge beziehen, daß außer diesem Falle auch bei Geistlichen die Erbfolge nach dem allgemeinen Rechte statt habe, der Pflichttheil ihrer Notherben also nicht nach der Ausnahme, sondern nach der Regel, welche das allgemeine Recht enthält, zu bestimmen sei, es mögen die Notherben selbst oder andere Personen von dem Geistlichen zu Erben eingesetzt worden sein, zumal es auch sonderbar wäre, wenn die Beschränkung des gesetzlichen Erbrechtes der Verwandten eines Geistlichen, die doch offenbar nur zum Vortheile der Kirche und der Armen bestehet, auch dann gelten sollte, wenn der Erblasser sich seiner Befugniß zu testiren bedient, und die Kirche, sowie die Armen, von seiner Verlassenschaft ausgeschlossen hat. — Dennoch können wir uns nicht für diese Ansicht entscheiden, sondern müssen vielmehr der gegentheiligen beipflichten. Das canonische Recht hatte, wie schon oben (S. 360) erwähnt worden, den Grundsatz festgehalten, daß der Geistliche über dasjenige Vermögen, was er in seinem kirchlichen Amte erworben, nicht testiren könne. Hierunter gehört auch alles, was er während seines Amtes von fremden Personen erworben hat, weil vermuthet wird, daß diese mehr die Kirche, als die Person des Geistlichen im Auge hatten. Ein freies Verfügungsrecht stand diesem nur über dasjenige Vermögen zu, was er vor Antritt seines kirchlichen Amtes besessen, oder während desselben von seinen Verwandten, oder durch besonderen Fleiß und Kenntnisse erworben hatte [1]). Da es aber schwer hielt, aus dem geistlichen Nachlasse das freivererbliche von dem aus dem kirchlichen Amte herrührenden Vermögen vollständig abzusondern, so bildete sich an manchen Orten die Gewohnheit heraus, daß der Geistliche das Befugniß erlangte, über seinen ganzen Nachlaß zu testiren, daß dieser aber im Falle der Intestaterbfolge auf eine, von den allgemeinen Vorschriften abweichende Weise unter die Kirche, die Armen und die Verwandten vertheilt wurde. Diese Theilung ist also eigentlich an die Stelle der wirklichen Absonderung des freivererblichen, von dem, aus den kirchlichen Einkünften herrührenden Vermögen getreten. Dem Geiste dieser Theilung ist es daher ganz entsprechend, daß die Notherben eines Geistlichen nur von dem ihnen bei dem Intestatableben desselben zufallenden Theile seines Vermögens den Pflichttheil fordern können, sowie sie diesen ursprünglich nur aus dem freivererblichen Vermögen ansprechen durften. Hierzu kommt noch, daß die Winiwarter'sche Ansicht zu der offenbaren Inconsequenz führt, daß der Pflichttheil der Ascendenten eines Geistlichen dem Intestaterbtheile gleich, jener der Descendenten aber sogar größer als der gesetzliche Erbtheil ausfallen könnte, was doch geradezu unzulässig sein muß, da die §§. 765 und 766 den Pflichttheil ausdrücklich nur als einen Theil dessen bezeichnen, was dem Notherben ab intestato zugefallen wäre.

§. 767.

Unter was für Beschränkungen [ein Pflichttheil gebühre.]

Wer auf das Erbrecht Verzicht geleistet hat; wer nach den in dem achten Hauptstücke enthaltenen Vorschriften von dem Erbrechte ausgeschlossen wird; oder von dem Erblasser rechtmäßig enterbet worden ist; hat auf einen Pflichttheil keinen Anspruch, und wird bei der Ausmessung desselben so betrachtet, als wenn er gar nicht vorhanden wäre.

1. Wenn auch das Gesetz jemandem im allgemeinen einen Pflichttheil zuweist, so kann es doch geschehen, daß sein Anspruch in einem bestimmten Falle nicht wirksam werden kann. Dieß tritt vor allem dann ein, wenn der Notherbe im voraus auf sein Erbrecht Verzicht geleistet hat. Das Institut des Pflichttheiles ist nämlich nur zu seinen Gunsten eingeführt, um ihn gegen die Willkür des Erblassers zu sichern; es ist daher ganz natürlich, daß die Beschränkung des letzteren

---

[1]) Siehe die Belegstellen in dem o. a. Aufsatze von Dworzak.
[2]) S. auch Unger, Erbr. S. 380, Anmerkg. 8.

durch die Einwilligung des Berechtigten wieder aufgehoben werden kann [1]). Eine solche Verzichtleistung wirkt aber nach §. 551 nicht nur auf den Verzichtenden selbst, sondern auch auf seine Nachkommen, welche vielleicht sonst in den Pflichttheilsanspruch eingetreten wären, wofern der Verzichtende vor dem Erblasser mit Tode abging. Die Verzichtleistung erscheint nämlich als eine gesetzlich erlaubte Vermögensgebarung, als eine Handlung, deren Wirksamkeit nirgends auf die Lebensdauer des Verzichtenden eingeschränkt ist, und welche daher auch die Nachkommen des Verzichtenden anerkennen müssen [2]). Man kann hiergegen nicht einwenden, daß die allgemein lautende Verfügung des §. 551 durch den ersten Satz des §. 767 hinsichtlich des Pflichttheiles eine Beschränkung erlitten habe, weil es sonst überflüssig gewesen wäre, im §. 767 der Verzichtleistung insbesondere Erwähnung zu thun, da in dem zweiten Satze des letztgenannten §. ohnehin alle von einem Pflichttheilsanspruche ausgeschlossen werden, welche nach den in dem VIII. Hauptstücke enthaltenen Vorschriften von dem Erbrechte überhaupt ausgeschlossen werden, und da unter diesen nach §. 551 eben auch der Verzichtende sammt seinen Nachkommen mitbegriffen sind; — denn nach richtigem Sprachgebrauche kann man nicht sagen, daß derjenige, der auf sein Recht Verzicht leistet, davon ausgeschlossen sei; es mußte also der Verzichtleistung neben der Ausschließung insbesondere gedacht werden, und diese Verfügung stellt sich demnach keineswegs als überflüssig dar. Dabei ist es richtig, daß das Gesetz in der bezüglichen Stelle der Nachkommen des Verzichtenden nicht abgesondert erwähnt; allein dieß war unseres Bedünkens auch durchaus nicht nothwendig, weil in Ansehung ihrer eben schon der §. 551 die entsprechende (und zwar auf alle Arten des Erbrechtes sich erstreckende) Bestimmung enthält. Ebenso wenig stichhältig ist ein weiterer, von den Vertheidigern der gegentheiligen Ansicht vorgebrachter Grund, daß den Notherben der Pflichttheil, welchen sie aus dem Gesetze anzusprechen hätten, wenn sie das Recht und die Ordnung der gesetzlichen Erbfolge träfe, durch die Verzichtleistung eines andern ebenso wenig entzogen werden könne, als bei einem Fideicommisse durch die Verzichtleistung des Fideicommißbesitzers den Rechten der Nachkommenschaft präjudicirt werden kann; denn das Rechtsinstitut des Pflichttheiles ist doch wesentlich von dem Fideicommiß-Institute verschieden, wie sich bei einer auch nur oberflächlichen Betrachtung dieser beiden Rechtsinstitute wohl von selbst aufdrängt, abgesehen davon, daß die in Frage stehende Argumentation der Gegner mit sich selbst in Widerspruch geräth, indem es doch klar ist, daß für die Nachkommen eines Verzichtenden das Recht und die Ordnung der Intestaterbfolge nicht eintreten könnte, weil sie eben der §. 551 von der gesetzlichen Erbfolge zweifellos ausschließt. — Von gleich geringem Gewichte scheint uns der weitere Einwurf, daß es sonderbar wäre, wenn die Ursachen, welche eine Unfähigkeit des Erben nach sich ziehen, auf die Nachkommen des Unwürdigen, falls dieser vor dem Erblasser gestorben ist, keine Anwendung haben, die erlaubte Handlung des Verzichtleisters hingegen ihrem Rechte entgegenstehen sollte [3]); denn die Erbsunwürdigkeit ist eine Art von Strafe, welche wenigstens in ihren unmittelbaren Folgen so viel als möglich den Strafbaren allein treffen soll, wogegen sich die Nachkommen des Verzichtleistenden, wie schon Eingangs erwähnt wurde, in die Folgen seiner erlaubten Verzichtleistung ebenso fügen müssen, wie wenn derselbe, wofern er nicht früher gestorben wäre, die ihm angefallene Erbschaft ausgeschlagen hätte. — Noch weniger beachtenswerth ist die Behauptung, daß die Vorschrift des §. 551 als eine Ausnahme von der Regel

---

[1]) S. Perthaler, a. a. O. (Jurist, Bd. 9, S. 422 und 426).

[2]) S. Perthaler, a. a. O. S. 431.

[3]) Die bisher erörterten Gründe waren hauptsächlich von Winiwarter in der zweiten Auflage seines bürgerlichen Rechtes, Bd. 3, S. 335, geltend gemacht worden, während er in der ersten Auflage seines Commentars die von uns vertheidigte Ansicht aufgestellt hatte; doch soll der geehrte Verfasser später in seinen Vorträgen, vorzüglich aus Anlaß des gleich zu erwähnenden Grünberg'schen Aufsatzes, wieder zu seiner älteren Meinung zurückgekehrt sein.

des §. 881, daß niemand für einen andern ein Versprechen machen oder annehmen könne, streng ausgelegt und im Zweifel vielmehr beschränkt als ausgedehnt werden müsse; denn es liegt hier der Fall eines für einen dritten (die Nachkommen) gemachten Versprechens gar nicht vor; der Verzichtende leistet nur für sich selbst (wohl meistens mit Rücksicht auf eine günstigere Behandlung unter Lebenden, die dann wenigstens mittelbar auch seinen Abstämmlingen zu guten kömmt), auf seinen Erbrechtsanspruch Verzicht, und die Ausschließung seiner Nachkommen vom Erbrechte ist nur die gesetzliche Folge seiner erlaubten Handlung, die eben so gut rücksichtlich des Pflichttheiles als rücksichtlich des Intestaterbtheiles zur Wirkung gelangen muß, weil auf ersteren nur derjenige Anspruch hat, den das Recht und die Ordnung der gesetzlichen Erbfolge treffen würde[1]). — Im übrigen muß hier auf die Erläuterung des §. 551 (S. 157 d. W.) verwiesen werden.

2. Wir haben schon oben (S. 146 d. W.) gesehen, daß das Gesetz gewissen Personen aus höheren politischen (§§. 538, 539 und 544) oder moralischen Rücksichten (§§. 540, 542 und 543) die Erbfähigkeit entzieht. Solche Personen können nun, da sie von allem Erbrechte ausgeschlossen sind, auch zu einem Pflichttheilsanspruche nicht zugelassen werden[2]), und es bedarf hierzu keiner besonderen Erklärung des Erblassers, denn die oben angeführten §§. des a. b. G. B. lauten ganz allgemein, und machen zwischen den verschiedenen Arten des Erbrechtes keinen Unterschied. Diesem steht nicht entgegen, daß der §. 770 die Gründe der Erbsunwürdigkeit (in den §§. 540 und 542) auch noch als Enterbungsursachen aufführt[3]), denn es ist, wie sich bei der Erläuterung des gedachten §. zeigen wird, keineswegs gleichgiltig, ob der Notherbe aus einem der in den §§. 540 und 542 angeführten Gründe zu erben unwürdig, oder ob er noch insbesondere wegen eines solchen Grundes enterbt worden sei. Ueberdieß würde man nach der gegentheiligen Ansicht zu dem Resultate gelangen, daß ein Notherbe, welcher sich auf das ärgste gegen den Erblasser vergangen hat, einen Pflichttheil aus dem Nachlasse desselben ansprechen könnte, wofern der Verstorbene nicht mehr in der Lage war, ihn davon auszuschließen, eine Folgerung, welche doch offenbar nicht in dem Geiste unserer Gesetzgebung gegründet sein kann (vgl. die Erläuterung des §. 540, S. 146 d. W.).

3. Außerdem hat das Gesetz auch gewisse Gründe aufgestellt, aus denen einem pflichttheilsberechtigten Notherben durch eine ausdrückliche oder stillschweigende Willenserklärung des Testators sein Anspruch entzogen werden kann, wovon in den §§. 768—773 und §. 782 die Rede ist.

4. Außer den unter Z. 1, 2 und 3 angeführten Gründen der Ausschließung eines Notherben von dem ihm sonst gebührenden Pflichttheile kennt das Gesetz keine anderen Ursachen der Unfähigkeit zur Geltendmachung jenes Anspruches. In diesem Sinne verfügte daher schon die Vdg. v. 28. December 1786, Nr. 607 der J. G. S., daß den Ordensgeistlichen, welche in den Weltpriesterstand übergetreten sind, wie auch den Nonnen der aufgehobenen Klöster in Ansehung des Pflichttheiles gleiche Rechte mit den übrigen Kindern gebühren; und ebenso erklärte das Hfkrgsr. Circ. vom 12. November 1835, F. 1408 (Mil. G. S. Bd. 18, S. 222), daß die Exreligiosen im lombardisch-venetianischen Königreiche, welche durch die Aufhebung ihres Ordensinstitutes oder Klosters die Lösung ihrer Gelübde erlangt haben, auf

---

[1]) Vgl. die Abhandlung von Dr. Leo (eigentlich Josef) Grünberg: Ist der Streit über den Sinn des §. 767 des a. b. G. B. in Betreff der Frage, ob die Nachkommen eines auf das Erbrecht Verzichtleistenden den Pflichttheil ansprechen können, schon ausgefochten? (Jurist, Bd. 11, S. 42).

[2]) Eine Ausnahme findet nur im Falle des §. 543 statt, da nach diesem sich (aus den S. 151 d. W. entwickelten Gründen) die Erbsunfähigkeit blos auf die testamentarische Erbfolge bezieht.

[3]) Aus dieser Bestimmung will Dr. E. F. Schwab (in seinem Aufsatze: Ob Erbsunwürdigkeit an sich einen Notherben seines Pflichttheilanspruches verlustig mache? Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1848, II., S. 76) entnehmen, daß die Erbsunwürdigket allein dem Notherben den Pflichttheilsanspruch nicht entziehe, sondern daß, um dies zu bewirken, nebst der erwiesenen Erbsunwürdigkeit entweder eine ausdrückliche Enterbung (§. 770) oder eine Uebergehung mit Stillschweigen (§. 782) vorhanden sein müsse. — S. dagegen Unger, Erbr. 339, Anmerkg. 6.

den Pflichttheil vollkommen Anspruch haben. Endlich verfügt der §. 13 des Pat. vom 28. Juni 1840, Nr. 451 der J. G. S., daß, wenn das Oberhaupt oder ein Mitglied des deutschen Ordens ohne giltigen letzten Willen stirbt, dessen freieigenes Vermögen dem Orden zufällt, daß aber den Notherben desselben der ihnen allenfalls gebührende Pflichttheil verabfolgt werden müsse.

5. Ist ein Notherbe der absteigenden Linie aus einem der im §. 767 aufgeführten Gründe vom Pflichttheilsanspruche ausgeschlossen, so geht dieser in der Regel nicht auf seine etwa vorhandenen Descendenten über, weil nach §. 732 Enkel von noch lebenden Kindern und Urenkel von noch lebenden Enkeln kein Recht zur gesetzlichen Erbfolge haben, ein Pflichttheilsanspruch aber nur jenen Personen zu Statten kömmt, für welche auch das Recht und die Ordnung der Intestaterbfolge eintreten würde [1]). Da nun aber der Verzichtleistende, so wie der Erbsunfähige und der Enterbte selbst keinen Anspruch auf einen Pflichttheil stellen kann, so wird dadurch der Pflichttheil der übrigen mit ihm concurrirenden Notherben vergrößert, denn er ist nach der ausdrücklichen Verfügung des §. 767 bei der Ausmessung so zu betrachten, als wenn er gar nicht vorhanden wäre [2]). Während also bei dem Zusammentreffen von drei Kindern B, C, D und einem Vermögen von 12.000 fl. jedes Kind nur 2000 fl. bekäme, steigert sich dieser Anspruch für C und D auf je 3000 fl., wenn der B auf seinen Pflichttheil Verzicht geleistet hat, oder zu erben unfähig, oder rechtmäßig enterbt worden ist.

6. Ist der vom Pflichttheilsanspruche ausgeschlossene Notherbe der absteigenden Linie allein vorhanden, so entsteht die Frage, ob in diesem Falle die Eltern des Erblassers das Recht erlangen, den Pflichttheil anzusprechen? Mit Recht behauptet Winiwarter (bürgl. Recht, Bd. 3, S. 340), daß diese Frage nicht aus dem §. 767 beantwortet werden könne, da der Ausdruck „Ausmessung des Pflichttheiles" sich nur auf die Bestimmung der Quantität des Pflichttheiles bezieht, also nur auf die Notherben derselben Classe paßt. Hier handelt es sich vielmehr um das Recht und die Ordnung der Notherbfolge, und diese ist nach der Regel des §. 763 zu beurtheilen. Demnach wird, wenn der fragliche Notherbe der absteigenden Linie unbedingt auf sein Erbrecht Verzicht geleistet hat, oder wenn er nach den in dem achten Hauptstücke enthaltenen Vorschriften von demselben ausgeschlossen wurde, der Pflichttheilsanspruch allerdings auf die Eltern übergehen (vgl. S. 334, Z. 4 d. W.). Nicht das gleiche würde gelten, wenn der Abstämmling bloß aus einem der im §. 768 enthaltenen Gründe enterbt worden wäre, weil in diesem Falle das Recht und die Ordnung der gesetzlichen Erbfolge für die Eltern nicht einträte, folglich auch kein Pflichttheilsanspruch für sie begründet sein kann.

7. Ist einer der Notherben der aufsteigenden Linie vom Pflichttheile ausgeschlossen, so ist er ebenfalls bei der Ausmessung desselben nicht mitzuzählen; es würde demnach der Vater M bei einem Nachlasse von 12.000 fl. als Pflichttheil 4000 erhalten, wenn die Mutter vom Pflichttheile ausgeschlossen ist, und zwar ohne Rücksicht, ob von diesem ausgeschlossenen Elterntheile Descendenten vorhanden sind oder nicht, weil diese auch bei der Intestaterbfolge nur in dem Falle, wenn der fragliche Elterntheil gestorben wäre, an dessen Stelle treten, und dadurch die Erbportion des anderen Elterntheiles vermindern würden [3]). Hinsichtlich der Frage des Ueberganges auf eine entferntere Linie der Notherben, wenn der ausgeschlossene Ascendent der einzige in der betreffenden Linie vorhandene ist, müßten auch hier die unter Z. 6 entwickelten Grundsätze zur Anwendung kommen.

---

[1]) Eine Ausnahme findet eben deßhalb nur bei denjenigen statt, welche der unbefugten Auswanderung oder der Desertion schuldig erkannt worden sind, weil diese so anzusehen kommen, als ob sie gar nicht existirten. Vgl. ob. S. 334, Z. 5 d. W.

[2]) Nur bei der Verzichtleistung könnte zwischen dem Verzichtenden und dem Erblasser ein förmlicher Vertrag dahin abgeschlossen werden, daß letzterer dadurch das Recht erlangen solle, über den erledigten Pflichttheil anderweitig zu verfügen, wo dann der Verzichtende allerdings bei der Berechnung des Pflichttheiles mitgezählt werden müßte. Vgl. Unger, Erbr. S. 341, Anmerkg. 3.

[3]) Vgl. auch Winiwarter, bürgl. Recht, Bd. 3, S. 339.

§. 768.

Erfordernisse einer rechtmäßigen Enterbung.

Ein Kind kann enterbt werden:

1) wenn es vom Christenthume abfällt;

2) wenn es den Erblasser im Nothstande hilflos gelassen hat;

3) wenn es eines Verbrechens wegen zur lebenslangen oder zwanzigjährigen Kerkerstrafe verurtheilt worden ist;

4) wenn es eine gegen die öffentliche Sittlichkeit anstoßende Lebensart beharrlich führet.

§. 769.

Aus den nämlichen Ursachen können auch die Eltern von dem Pflichttheile ausgeschlossen werden; und insbesondere noch dann, wenn sie das Kind in der Erziehung ganz verwahrloset haben.

§. 770.

Ueberhaupt kann einem Notherben auch solcher Handlungen wegen, die einen Erben nach den §§. 540—542 des Erbrechtes unwürdig machen, durch die letzte Willenserklärung der Pflichttheil entzogen werden.

1. Wenn auch der Gesetzgeber bestimmten Personen den Anspruch auf einen Pflichttheil eingeräumt hat, so hinderte ihn dieß doch nicht, in gewissen Fällen, in denen sich der Notherbe dieser gesetzlichen Begünstigung unwürdig gemacht hat, dem Erblasser das Recht einzuräumen, einen solchen Notherben gänzlich von seinem Nachlasse auszuschließen. Hieraus entsteht die Enterbung (exheredatio), das ist eine (ausdrückliche oder stillschweigende) Erklärung des Erblassers, daß ein Notherbe aus einer vom Gesetze gebilligten Ursache seines Pflichttheilsanspruches verlustig sein solle [1]). Sie unterscheidet sich von der bloßen Verkürzung im Pflichttheil, welche dann eintritt, wenn dem Notherben nicht der volle ihm gebührende Betrag aus dem Nachlasse zugewendet wurde; sowie von der Uebergehung mit Stillschweigen (praeteritio), welche zwar einerseits wohl eine stillschweigende Enterbung in sich begreifen, andererseits aber auch auf einem bloßen Irrthume des Erblassers beruhen kann.

2. Die Enterbungsursachen waren selbst nach älterem römischen Rechte nie ganz der Willkür des Erblassers anheimgegeben, sondern das Centumviralgericht hatte zu entscheiden; immer wurde ein unwürdiges Betragen des Erben gegen den Erblasser vorausgesetzt (exheredatio ob ingratitudinem). Außerdem gab es noch eine Enterbung in guter Absicht zum Wohle des Notherben (exheredatio bona mente facta). Justinian hat in seiner 115. Novelle letztere unberührt gelassen, rücksichtlich der Ausschließung der Descendenten und Ascendenten aber bestimmte Ursachen festgesetzt, aus denen allein eine Enterbung derselben Platz greifen kann, und welche noch überdieß namentlich im Testamente aufgeführt werden müssen. Diesem Sisteme ist auch unser a. b. G. B. gefolgt. Es kennt ebenso eine Enterbung wegen Unwürdigkeit des Notherben (§§. 768 bis 770) und eine Enterbung zum Vortheile der entfernteren Abstämmlinge desselben (§. 773), und hat auch die Enterbungsursachen namentlich aufgezählt, so daß ein Umstand, der weder in den Worten noch in dem Sinne des Gesetzes enthalten ist (§. 771), nicht als ein rechtmäßiger Grund der Enterbung gelten kann.

3. Unter den Enterbungsursachen erscheint zuvörderst der Abfall vom Christenthume, also der Uebertritt zu einem nichtchristlichen Religionsbekenntnisse (z. B. zum Judenthume, zum Islamismus), keineswegs aber von einem christlichen Glaubensbekenntnisse zu einem andern, mag dieses vom Staate anerkannt sein, oder nicht [2]) (z. B. vom Katholicismus zu einer akatholischen Confession). Diese

---

[1]) Dr. Ign. Graßl, Zur Lehre von der Enterbung nach österreichischem Rechte, Haimerl's Vierteljahrsschrift Bd. 1, S. 1.

[2]) S. Unger, Erbr. S. 352, Anmerkg. 4.

Enterbungsursache wurde durch Art. 7 des Gesetzes v. 25. Mai 1868, Nr. 49 des R. G. Bl., aufgehoben.

4. Ein fernerer Enterbungsgrund tritt dann ein, wenn der Notherbe den Testator im Nothstande hilflos gelassen hat. Es scheint, daß hier unter „Nothstand" jeder Zustand der Bedrängniß verstanden werden müsse, welche durch die Gefahr des Lebens, durch Krankheiten und Schmerzen, Mangel der Lebensbedürfnisse, Entziehung der Freiheit u. dgl. entsteht, wiewohl der Ausdruck „Nothstand" in unserem Gesetzbuche nur noch einmal im §. 273, dort aber als gleichbedeutend mit „Dürftigkeit" gebraucht wird [1]). Uebrigens versteht es sich wohl von selbst, daß eine solche Pflichtversäumniß dem Notherben nur dann zur Last gelegt werden kann, wenn er im Stande gewesen wäre, den Erblasser in seiner hilflosen Lage zu unterstützen [2]).

5. Die Verurtheilung zur lebenslangen oder zwanzigjährigen Kerkerstrafe wegen eines Verbrechens ist wohl deßhalb ein weiterer Enterbungsgrund, weil eine so schwere Strafe nur auf Handlungen gesetzt ist, welche Recht und Moral im höchsten Grade verletzen, durch die also der Schuldige auch seinen Angehörigen die empfindlichste Schande bereitet. Allerdings scheint übrigens auch die Verurtheilung zur Todesstrafe hierher gezählt werden zu müssen, weil es wohl widersprechend wäre, wenn sie nicht die gleiche Wirkung herbeiführen sollte, wie eine weit geringere Strafe [3]), zumal auch das Strafgesetzbuch jene Wirkungen, die mit der schweren Kerkerstrafe verbunden sind, bei der Verurtheilung zur Todesstrafe gleichmäßig eintreten läßt (§. 27 des Str. G. B.).

Es muß auch hier auf den schon bei §. 592 (S. 202) angeführten §. 6 des Gesetzes vom 15. November 1867, Nr. 131 des R. G. Bl., aufmerksam gemacht werden, nach welchem die mit strafrechtlichen Erkenntnissen durch andere Gesetze verbundenen nachtheiligen Folgen bei gewissen (den s. g. politischen) Verbrechen gleich mit dem Ende der Strafzeit, bei den übrigen Verbrechen in den dort bestimmten Zeiträumen (im vorstehenden Falle nach zehn Jahren) nach dem Ende der Strafzeit erlöschen. Nach dem in der eben dort erwähnten grundsätzlichen Entscheidung des obersten Gerichtshofes ausgesprochenen Rechtssatze scheint aber die Annahme richtiger zu sein, daß das fragliche Gesetz an der Bestimmung des §. 768, Z. 3 des a. b. G. B. nichts geändert habe.

6. Ferners kann ein Notherbe enterbt werden, wenn er eine gegen die öffentliche Sittlichkeit anstößige Lebensart beharrlich führt. Der Begriff einer Verletzung der öffentlichen Sittlichkeit ist von der österreichischen Gesetzgebung nach §. 500 des Str. G. B. nicht bloß auf diejenigen Handlungen eingeschränkt, welche an sich Abscheu und öffentliches Aergerniß zu erregen im Stande sind, sondern diese zieht darunter auch Handlungen, die nach ihrer Eigenschaft zur Verbreitung des Sittenverderbnisses beitragen, wie auch solche, womit Unordnungen und Ausschweifungen als gewöhnliche Folgen verbunden sind, wie die Trunkenheit, das Spielen verbotener Spiele u. dgl. In diesem Sinne dürfte denn der Ausdruck „öffentliche Sittlichkeit" auch hier aufzufassen sein [4]), wobei es aber nicht nothwendig ist, daß die betreffenden Handlungen auch wirklich eine strafgerichtliche Verurtheilung nach sich gezogen haben; wohl aber wird erfordert, daß der Notherbe

---

[1]) S. Winiwarter, bürgerl. Recht, Bd. 3, S. 342, und Unger, Erbrecht, S. 352, Anmerkg. 5.

[2]) S. Nippel, Erläut. Bd. 5, S. 80.

[3]) S. Winiwarter, bürg. Recht, Bd. 3, S. 344. Der Verfasser bemerkt, das Gesetz habe, wie im §. 61, die Verurtheilung zur Todesstrafe wohl nur deßhalb mit Stillschweigen übergangen, weil sie als Enterbungsursache nur in äußerst seltenen Fällen zur Anwendung kommen könnte, nämlich etwa dann, wenn der Erblasser, nachdem er von der Verurtheilung des Notherben Kenntniß erhalten hatte, in der kurzen Zwischenzeit zwischen der Ankündigung und Vollziehung der Todesstrafe seinen letzten Willen erklärte. — Nippel (Erläut. Bd. 5, S. 81) ist der Ansicht, daß die Verurtheilung zur Todesstrafe nicht als ein Enterbungsgrund anzusehen sei, weil diese Strafe der Enterbung nicht den Verurtheilten, sondern immer nur seine Erben treffen würde. Allein diese Anschauung ist, wie schon Winiwarter (a. a. O. S. 345) bemerkt hat, nicht richtig, da der enterbte Notherbe (z. B. wenn er begnadiget wird) ja auch den Erblasser überleben kann, wo dann die Enterbung entweder auf die übrigen Notherben oder auf den Erblasser Einfluß hat, indem jenen der Pflichttheil des Ausgeschlossenen zufällt, oder der Erblasser dadurch ein freieres Verfügungsrecht über seinen Nachlaß erlangt.

[4]) Nippel (Erläut. Bd. 5, S. 82) will sich an den allgemein geltenden Begriff halten, vermöge welchem unter einer der öffentlichen Sittlichkeit anstößigen Lebensart eine solche verstanden wird, die den guten Sitten wirklich zuwider läuft, und allgemeines Aergerniß zu erwecken fähig ist. — S. auch Unger, Erbrecht, S. 353, Anmerkg. 7.

nicht etwa bloß einen einmaligen Fehltritt begangen, sondern sich beharrlich desselben schuldig gemacht. Dagegen kann von einer Enterbung nicht mehr die Rede sein, wenn der Verirrte vor der Errichtung des letzten Willens seinen Lebenswandel gebessert hat; denn der §. 768 setzt offenbar voraus, daß die unsittliche Lebensart zur Zeit der Enterbung noch fortdauere, weil er sich des Ausdruckes „führt“ (nicht „geführt hat“) bedient [1]).

7. Eine bloß den Eltern zur Last fallende Enterbungsursache tritt dann ein, wenn sie ihr Kind in der Erziehung gänzlich verwahrlost haben (§. 769), in welchem Falle nach §. 177 auch dem Vater die väterliche Gewalt für immer abgenommen werden kann. Hierbei muß, wie der Begriff der „Verwahrlosung“ nothwendig mit sich bringt, vorausgesetzt werden, daß den Eltern die Erziehungspflicht dem betreffenden Notherben gegenüber oblag, was nicht immer der Fall ist, da z. B. die Sorge für den Unterhalt und die Erziehung der Kinder erst dann auf die väterlichen Großeltern kömmt, wenn die Eltern nicht mehr vorhanden, oder mittellos sind (§. 143).

8. Als fernere Enterbungsursachen bezeichnet der §. 770 jene Handlungen, die den Erben nach §. 540 und §. 542 des Erbrechtes unwürdig machen, d. i. gewisse Verletzungen des Erblassers oder seiner Angehörigen an Ehre, Leib oder Vermögen (vgl. S. 146 d. W.) [2]), sowie jene, welche einen rechtswidrigen Einfluß auf die letzte Willenserklärung des Erblassers enthalten (s. S. 148 d. W.); doch fällt dieser Enterbungsgrund hinweg, wenn der Verletzte dem schuldigen Notherben vor der Erklärung seines letzten Willens bereits ausdrücklich oder stillschweigend vergeben hatte (s. oben S. 148 und S. 149 d. W.).

9. Wenn ein katholischer Minderjähriger während der Wirksamkeit des Ehegesetzes für Katholiken eine Ehe schloß, ohne die erforderliche Einwilligung des Vaters oder jene des Gerichtes erhalten zu haben, so hatte der Vater das Recht, denselben zu enterben. Das Enterbungsrecht, jedoch nur bis zur Hälfte des Pflichttheils, stand auch der Mutter und den Großeltern zu, unter deren Vormundschaft der Minderjährige zur Zeit stand, als er ohne gerichtliche Zustimmung eine Ehe schloß, wozu sie ihre Einwilligung nicht ertheilt haben. Eine spätere Einwilligung hob sowohl das Enterbungsrecht, als auch die geschehene Enterbung dann auf, wenn dieselbe schriftlich oder mit Beobachtung der zur Giltigkeit letztwilliger Anordnungen vorgeschriebenen Form erklärt worden ist (§. 719 und 772 des a. b. G. B.) [3]). Dem ehelichen Vater muß auch der Wahlvater gleichgestellt werden, wenn er zur Zeit der Eheschließung die väterliche Gewalt über das Adoptivkind hatte (§. 183 des b. G. B.) [4]), dagegen der bloße Mangel der gerichtlichen Zustimmung zu jener der Mutter oder der Großeltern, mit deren Einwilligung der Minderjährige eine Ehe geschlossen hat, keineswegs ein Enterbungsrecht ertheilen kann. Den Minderjährigen sind unzweifelhaft auch die Volljährigen gleich zu achten, über welche die väterliche oder vormundschaftliche Gewalt verlängert worden ist. (§. 173 und §. 251 des b. G. B.)

Die Wirksamkeit solcher während der Giltigkeit des Ehegesetzes v. 8. October 1856 erfolgten Enterbungen ist durch das außer Kraft treten dieses Gesetzes an sich nicht aufgehoben; wohl aber dürfte die dort vorgeschriebene Form des Widerrufes der Enterbung jetzt nicht mehr nothwendig sein.

§. 771.

Die Enterbungsursache muß immer, sie mag von dem Erblasser ausgedrückt sein

---

[1]) S. Nippel, a. a. O. §. 41.

[2]) Eine bloße „Beleidigung“ des Erblassers, wenn sie nicht die Merkmale einer im §. 540 enthaltenen Verletzung an sich trägt, würde nicht als eine gegründete Enterbungsursache angesehen werden können. (Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 30. December 1859, Z. 12418, in Glaser's und Unger's Sammlg. Nr. 947.)

[3]) S. §. 32 des Ehegeſ. für Katholiken v. 8. October 1856, Nr. 185 des R. G. Bl.

[4]) S. Dr. Ign. Graßl, Zur Lehre von der Enterbung nach österreichischem Rechte, in Haimerl's österr. Vierteljahrsschrift Bd. 1, S. 1.

oder nicht, von dem Erben erwiesen werden, und in den Worten und dem Sinne des Gesetzes gegründet sein.

1. Damit die Enterbung wirksam sei, muß die Enterbungsursache in den Worten und in dem Sinne des Gesetzes gegründet sein, d. h. andere, als die im Gesetze ausgedrückten und eben erörterten Enterbungsursachen sind nicht als hinreichend anzusehen, eine rechtmäßige Enterbung zu begründen, wenn sie auch ebenso wichtig schienen, als die in den §§. 768—770 aufgeführten; wie wenn z. B. ein Kind sich ohne Einwilligung der Eltern, oder selbst gegen den Willen derselben verehelicht, wenn es eine Verletzung des Erblassers nicht gehindert hätte u. dgl.

2. Nach Justinian's Vorschrift mußte die Enterbungsursache namentlich im Testamente angeführt werden; unsere Gesetzgebung ist jedoch von dieser Bestimmung abgegangen, weil es oft im Interesse des Enterbten selbst als wünschenswerth erscheinen kann, daß die Unwürdigkeit desselben geheim gehalten, oder wenigstens nicht durch das Testament noch weiter verbreitet werde [1]). Man muß daher nach österreichischem Rechte eine ausdrückliche und eine stillschweigende Enterbung unterscheiden, welch' letztere bei §. 782 näher wird erörtert werden. Es verschlägt deßhalb auch nichts, wenn der Erblasser eine falsche Enterbungsursache angegeben hätte, und zwar entweder eine solche, die das Gesetz gar nicht als solche anerkennt, oder eine in den §§. 768—770 gegründete, wenn nur erwiesen werden kann (s. unter Z. 3), daß dem Notherben wirklich eine gesetzlich anerkannte Enterbungsursache zur Last fällt; denn auch diese falsche Angabe kann vielleicht nur deßhalb geschehen sein, um die Aufmerksamkeit der Welt von dem wahren Grunde abzuleiten, und es würde nur dann eine Ausnahme Platz greifen, wenn sich darthun ließe, daß der Wille des Erblassers lediglich auf dem als falsch erkannten Beweggrunde beruhte (§. 572) [2]).

3. Die Enterbungsursache muß jedenfalls von dem Erben erwiesen werden. Dieß folgt schon aus allgemeinen processualischen Grundsätzen, vermöge welcher eine Thatsache, für die keine gesetzliche Vermuthung streitet, immer von demjenigen zu erweisen kömmt, der sie angeführt hat, um ein Recht daraus für sich abzuleiten [3]); es stimmt aber auch mit dem Principe überein, daß zufolge des im §. 16 unseres a. b. G. B. anerkannten Rechtes auf Unbescholtenheit eine unwürdige Handlung von niemandem vermuthet werden darf; daher auch schon im römischen Rechte von derselben Ansicht ausgegangen wurde, und es macht hierbei keinen Unterschied, ob die Enterbungsursache von dem Erblasser ausgedrückt ist oder nicht.

4. Die Enterbung muß stets in einer giltigen letztwilligen Anordnung (einem Testamente oder Codicille) enthalten sein, wobei es auf die Form desselben (ob es ein gerichtliches oder außergerichtliches, schriftliches oder mündliches, begünstigtes oder nicht begünstigtes sei) weiter nicht ankömmt, oder sie muß in solcher Weise erklärt werden, wie sie das Gesetz für eine giltige letztwillige Anordnung vorschreibt, denn sie enthält immer zugleich eine indirecte Erbeseinsetzung in sich, weil durch die Ausschließung des nächsten gesetzlichen Erben die gesetzliche Erbfolge durch den Willen des Erblassers abgeändert, und der Nachlaß andern Personen zugewendet wird, als welche ohne die fragliche Disposition des Erblassers zu seiner Erbschaft gelangt wären [4]). Eine unförmliche Enterbung ist, wie jede andere letztwillige Verfügung, bei der eine wesentliche Förmlichkeit außer Acht gelassen worden ist, als ungiltig und demnach als nicht vorhanden zu betrachten [5]).

5. Die Art und Weise, in welcher die Enterbung ausgedrückt ist, z. B. ob es heißt: meinen Sohn Johann enterbe ich, oder mein Sohn Johann soll vom Pflichttheile ausgeschlossen sein, oder mein Sohn Johann soll aus meinem Nachlasse

---

1) S. Zeiller, Comment. Bd. 2, S. 780.
2) S. Nippel, Erläut. Bd. 5, S. 85.
3) Vgl. §. 104 der a., §. 170 der westgal. und §. 160 der ital. G. O.
4) S. Nippel, Erläut. Bd. 5, S. 86.
5) S. Graßl, a. a. O. S. 12.

nichts erhalten u. s. w., ist gleichgiltig, wofern nur die Person des Enterbten deutlich bezeichnet ist (vgl. §§. 570 und 571); auch steht nach unserem Gesetze nichts im Wege, den Notherben sowohl unbedingt als unter einer bestimmten Bedingung (z. B. wenn es wahr ist, daß er mich verläumdet hat) vom Pflichttheile auszuschließen, und ebenso kann sich die Enterbung auf den ganzen Pflichttheil oder nur auf einen Theil desselben erstrecken; der Erblasser kann eine Schmälerung oder Belastung des Pflichttheiles (vgl. §. 774 des b. G. B.) verfügen.

§. 772.

Die Enterbung wird nur durch einen ausdrücklichen in der gesetzlichen Form erklärten Widerruf aufgehoben.

1. Das Gesetz stellt es dem Erblasser frei, die von ihm getroffene Enterbung wieder aufzuheben, verfügt dieselbe aber niemals selbst, so daß also auch das Wegfallen (Aufhören) der Enterbungsursache (z. B. die Rückkehr zum Christenthume), wenn es erst nach geschehener Enterbung Platz greift, dieselbe nicht an und für sich entkräftet[1]).

2. Der Widerruf der Enterbung kann, gleich dem Widerruf einer anderen testamentarischen Verfügung, nur in einem solchen Zustande geschehen, worin man seinen letzten Willen zu erklären fähig ist (§. 718), und es muß dabei auch die gesetzliche Form beobachtet werden, welche für letztwillige Anordnungen überhaupt vorgeschrieben ist. Hierbei ist es gleichgiltig, ob die Widerrufserklärung für sich allein erfolgt, oder ob sie den Bestandtheil eines umfangreicheren Testamentes oder Codicilles ausmacht.

3. Zweifelhafter ist die Frage, ob eine Enterbung dann als widerrufen anzusehen sei, wenn der Erblasser eine neue Anordnung errichtet hat, in welcher er zwar die frühere Enterbung nicht ausdrücklich aufgehoben, aber die betreffende Person zum Erben eingesetzt hat, oder wenn er jenes Testament oder Codicill, in welchem die Enterbung enthalten war, auf eine im §. 721 enthaltene Weise verletzt hat. Man könnte sich nämlich veranlaßt finden, die aufgestellte Frage deßhalb zu verneinen, weil der §. 772 verfügt, daß die Enterbung nur durch einen ausdrücklichen Widerruf aufgehoben werden könne, während die Errichtung eines neuen Testamentes oder Codicilles, sowie die angedeuteten Verletzungen eines solchen in den §§. 713—723 dem „ausdrücklichen Widerruf" (§. 719) geradezu entgegengesetzt werden, ja die letzte Art des Widerrufes in der Marginalinschrift des §. 721 insbesondere als ein „stillschweigender" Widerruf bezeichnet wird. Nichtsdestoweniger scheint uns die entgegengesetzte (bejahende) Ansicht die richtigere zu sein, denn die Aufhebungsarten der §§. 713 und 721 treten im allgemeinen ein, ohne Rücksicht ob in der aufgehobenen Anordnung eine Enterbung enthalten war oder nicht. Diese kann ja selbst (wie schon oben S. 379 erwähnt wurde) nur durch eine giltige Willenserklärung geschehen. Eine letztwillige Anordnung hat aber giltig zu sein aufgehört, wenn sie durch ein späteres giltiges Testament (nach §. 713) entkräftet, oder auf die im §. 721 angegebene Weise verletzt wurde. Mit ihr mußte daher auch die nur einen Bestandtheil derselben bildende Enterbung hinwegfallen.

4. Die Bestimmung des §. 772, daß die Enterbung nur durch einen ausdrücklichen, in der gesetzlichen Form erklärten Widerruf aufgehoben werden könne, scheint also lediglich darauf hinzudeuten, daß dieselbe nicht aus andern Handlungen oder Umständen gefolgert werden dürfe, weil derlei Schlüsse auf einer allzu schwankenden Grundlage beruhen würden[2]). Deßhalb kann weder die bloße Reue des Enterbten, noch die Verjährung der Injurienklage (§. 1490), noch die Vergebung, die der Erblasser dem schuldigen Notherben angedeihen ließ (§. 540),

---

[1]) S. Nippel, Erläut. Bd. 5, S. 86.
[2]) S. Graßl, a. a. O. S. 18, und Unger, Erbrecht, S. 356, Anmerkg. 19.

für sich eine Aufhebung der Enterbung begründen. Hierdurch erklärt sich auch, warum der §. 770 die Unwürdigkeitsgründe der §§. 540 und 542 insbesondere auch unter die Enterbungsursachen aufgenommen hat. Wäre nämlich der Notherbe, dem eine in den obgenannten §§. angedeutete Schuld zur Last fällt, nicht insbesondere enterbt worden, so entfällt nach §. 540 seine Unwürdigkeit, sobald sich aus den Umständen auch nur entnehmen läßt, daß ihm der Erblasser vergeben hat; ist er aber insbesondere enterbt worden, so wird die verfügte Ausschließung vom Pflichttheile durch die bloße Nachsicht des Testators nicht aufgehoben, sondern es ist dazu ein „ausdrücklicher" Widerruf erforderlich, vermuthlich weil man annehmen muß, daß die Verzeihung des Erblassers doch nicht vollständig sei, wenn er die Anordnung, durch welche er dem Notherben seinen Pflichttheil entzogen hat, fortan unverändert bestehen ließ [1]).

5. Nach §. 32 des Ehegesetzes für Katholiken v. 8. October 1856, Nr. 185 des R. G. Bl., hebt eine spätere Einwilligung des Vaters, der Mutter oder Großeltern in die Ehe eines Minderjährigen, welcher dieselbe ohne die erforderliche Einwilligung geschlossen hat, die geschehene Enterbung dann auf, wenn diese Einwilligung schriftlich oder mit Beobachtung der zur Giltigkeit letztwilliger Anordnungen vorgeschriebenen Form erklärt worden ist. — Außerdem kann aber die Enterbung aus diesem Grunde auch nach den allgemeinen Vorschriften (des §. 772 des a. b. G. B.) aufgehoben werden [2]).

6. Die Wirkung eines in der gesetzlichen Form erklärten Widerrufes besteht darin, daß der Enterbte in seinen Pflichttheilsanspruch wieder eintritt, insofern er ihm bloß durch die Enterbung entzogen worden war (§. 767). Er kann also diesen jedenfalls geltend machen, aber auch den Intestaterbtheil ansprechen, der etwa auf ihn entfällt. Hierbei wird natürlich vorausgesetzt, daß er nicht aus einem andern Grunde zu erben unfähig sei (z. B. wegen unbefugter Auswanderung u. dgl.); denn eine solche Unfähigkeit kann durch eine entgegenstehende Willenserklärung des Erblassers nicht behoben werden.

§. 773.

Wenn bei einem sehr verschuldeten verschwenderischen Notherben das wahrscheinliche Besorgniß obwaltet, daß der ihm gebührende Pflichttheil ganz oder größten Theils seinen Kindern entgehen würde; so kann ihm der Pflichttheil von dem Erblasser, jedoch nur dergestalt entzogen werden, daß solcher den Kindern des Notherben zugewendet werde.

1. Der vorstehende §. behandelt die sog. gutgemeinte Enterbung (exheredatio bona mente facta), welche nicht zur Strafe des Notherben, sondern aus Rücksicht für das Wohl seiner Nachkommen angeordnet wird, wenn nämlich zu besorgen ist, daß der ihm gebührende Pflichttheil von seinen Gläubigern in Anspruch genommen, oder von ihm selbst verschwendet, und dadurch seinen Nachkommen ganz oder größten Theils entgehen würde.

2. Die in Frage stehende Enterbung setzt demnach voraus, daß der betreffende Notherbe entweder a) sehr verschuldet sei, was von dem Richter mit Rücksicht

---

[1]) Winiwarter, bürg. Recht, Bd. 3, S. 846. — Der genannte Schriftsteller meint übrigens, daß der §. 772 nur von einer ausdrücklichen Enterbung spreche. Hat der Erblasser seinen Notherben bloß übergangen, so sei vermöge des §. 782 nur zu vermuthen, daß er ihn vom Pflichttheile ausschließen wollte; diese Vermuthung werde aber durch die im §. 540 gegründete, daß er ihm durch stillschweigende Vergebung das Erbrecht wieder einräumen wollte, aufgehoben. — Wir glauben jedoch hierauf erwidern zu können, daß im §. 782 von keiner Vermuthung die Rede ist, sondern daß dieser §. geradezu bestimmt, die Uebergehung sei unter den dort angeführten Umständen als eine stillschweigende rechtliche Enterbung anzusehen; daß ferner der §. 540 nur von der Erbsunwürdigkeit, nicht von dem Falle der Enterbung handelt, und daß der vom Verfasser selbst angeführte Grund, zufolge dessen man die Nachsicht des Erblassers nicht als eine vollständige Verzeihung ansehen kann, auch hier eintritt, wo der Testator die Anordnung, durch die er dem Notherben nichts zugewendet (also ihn stillschweigend vom Pflichttheile ausgeschlossen) hat, fortbestehen ließ. — Vgl. meinen Aufsatz von der Uebergehung der Notherben in der Zeitschr. für österr. Rechtsgel. 1839, I., S. 219; — dann Unger, Erbrecht, S. 356, Anmerkg. 18.

[2]) S. Graßl, a. a. O. S. 21. — Ueber die mißlungene Fassung des §. 32 des Eheges. Vgl. Unger, Erbrecht, S. 356, Anmerkg. 20.

auf den Stand, die wahren Bedürfnisse und die übrigen Verhältnisse des Enterbten zu beurtheilen wäre [1]); oder b) daß er sein Vermögen auf eine unbesonnene Art durchbringe, und sich oder seine Familie durch muthwillige oder unter verderblichen Bedingungen geschlossene Borgverträge künftigem Nothstande Preis gebe (§. 273), d. h. verschwenderisch sei. Auch dieß würde nöthigenfalls der Beurtheilung des Richters anheimfallen, und das Gesetz fordert durchaus nicht, daß bereits eine Prodigalitätserklärung stattgefunden habe; ja Nippel (Erläut. Bd. 5, S. 90) meint sogar, daß bei dem Vorhandensein einer solchen das Recht der Enterbung wegfalle, weil dann die Eingangs erwähnte Besorgniß nicht mehr eintritt, da der gerichtlich erklärte Verschwender der eigenen Vermögensverwaltung beraubt ist [2]). Allein abgesehen davon, daß das Gesetz durchaus keinen Unterschied macht, könnte es noch immer geschehen, daß der Notherbe nach §. 283 aus der Curatel entlassen würde, in der Folge aber doch wieder in seinen vorigen Hang zur Verschwendung verfiele.

3. Weiters wird zur Giltigkeit dieser Enterbung gefordert, daß der Enterbte Kinder besitze, denen der ihrem Ascendenten gebührende Pflichttheil wahrscheinlich entgehen würde. Unter dem Ausdrucke Kinder sind hier nach allgemeinen Grundsätzen (§. 42) nicht bloß Söhne und Töchter, sondern auch Enkel und Urenkel, und mit Rücksicht auf die §§. 183, 755 und 763 wohl auch Wahlkinder zu verstehen. Ingleichen scheint es nicht nothwendig zu sein, daß die Kinder des Notherben, zu deren Gunsten diesem der Pflichttheil entzogen werden soll, zur Zeit der Enterbung schon vorhanden seien, sondern es genügt, wenn sie zur Zeit des Todes des Erblassers existiren; denn eine bedingte Enterbung ist überhaupt nicht unstatthaft (s. oben S. 380), und auch die Erbseinsetzung von Personen, die (selbst beim Tode des Erblassers) noch nicht geboren sind, findet nach dem Hfd. vom 29. Mai 1845, Nr. 888 der J. G. S., nur in den Bestimmungen des §. 612 des a. b. G. B. ihre Beschränkung. Wäre aber der Notherbe auch zur Zeit des Todes des Erblassers noch kinderlos, oder wären dessen Nachkömmlinge damals bereits wieder verstorben, so kann die Enterbung nicht wirksam werden, weil es an der für ihre Zulässigkeit nöthigen Voraussetzung gebricht. Die Verschuldung des Notherben oder sein Hang zur Verschwendung ist nämlich nicht an und für sich als eine Enterbungsursache anzusehen, sondern nur mit Rücksicht auf die Kinder desselben, die eben vorausgesetzter Maßen nicht vorhanden sind. Ueberhaupt scheint uns der Zeitpunkt des Todes des Erblassers entscheidend zu sein, so daß die erst nach demselben gebornen Kinder des ausgeschlossenen Notherben (wenn nicht der Fall des §. 22 eintritt) keinen Anspruch auf den Nachlaß stellen können [3]).

---

[1]) S. Zeiller, Comment. Bd. 2, S. 784.

[2]) S. auch Unger (Erbrecht, S. 357, Anmerkg. 1), der jedoch zugibt, daß ein gerichtlich erklärter Verschwender wegen Ueberschuldung enterbt werden könne.

[3]) Eine entgegengesetzte Entscheidung des oberst. Gerichtsh. v. 13. August 1840 findet sich in Beretta's Giorn. di giurispr. Jahrgang 1846, S. 161. Dieser Ansicht pflichtet auch P. v. L. bei der Erörterung des von ihm dargestellten Rechtsfalles (über die Anwendbarkeit des §. 773 des a. b. G. B. auf nachgeborne Kinder des ausgeschlossenen Notherben, in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1844, II., S. 170) bei. Die Erblasserin N hatte in ihrem mit allen gesetzlichen Erfordernissen versehenen Testamente von 30. Mai 1819 die Verfügung getroffen, daß der ihrem Sohne X gebührende Pflichttheil seinen Kindern A, B, C und D zu gleichen Theilen zufallen solle, weil er selbst mit so vielen Schulden beschwert war, daß sie den Erbtheil weit überstiegen. Der Tod der Erblasserin erfolgte am 6. Juni 1819. Einige Monate nachher schritt der damals schon verwitwete X zu einer zweiten Ehe, aus welcher ihm am 15. Juli 1820 ein Sohn E geboren wurde. Erst nach 15 Jahren, nachdem die Erbschaft bereits auf Grundlage der obigen Verfügung eingeantwortet und getheilt worden war, zeigte X die Geburt seines Sohnes E dem Gerichte an, und bat um Aufstellung eines Curators für denselben behufs der Geltendmachung seiner Rechte auf die großmütterliche Erbschaft. Das Gericht entsprach diesem Ansuchen, und der Curator des E trat nun wirklich klagbar für seinen Curanden auf, mit dem Begehren: „es wolle erkannt werden, daß dem E der zehnte Theil des Pflichttheiles, der seinem Vater, insofern er von der Nachfolge nicht ausgeschlossen wäre, gebührt hätte, zuzukommen habe.“ Der Verfasser meint nun, daß der §. 773 allgemein von den Kindern des ausgeschlossenen Notherben spreche, daß darunter nach §. 42 alle Verwandten in der absteigenden Linie zu verstehen seien, und daß es daher nicht angehe, die Bestimmung des §. 773 auf die zur Zeit des Todes des Erblassers am Leben befindlichen Kinder zu beschränken. — Allein hiergegen muß bemerkt werden, daß sich nach der hier entwickelten Ansicht zur Zeit des Todes der Erblasserin gar nicht beurtheilen ließe, ob oder inwiefern die von derselben angeordnete Enterbung giltig sei oder nicht; daß die Theilung und Verabfolgung des Pflichttheiles so lange unterbleiben müßte, als der ausgeschlossene Notherbe noch lebt und zeugungsfähig ist, ja daß auch ein kinderloser Notherbe auf Grund des §. 773 enterbt werden könnte, weil es noch

4. Die in Frage stehende Enterbung kann nur dergestalt erfolgen, daß der dem verschuldeten oder verschwenderischen Notherben entzogene Pflichttheil den Kindern desselben zugewendet werde. Hätte daher der Erblasser diese Nachkömmlinge nicht in den Pflichttheil eingesetzt, oder diesen gar einem dritten zugewendet [1]), so ist die ganze Verfügung ungiltig, und kann von dem gesetzwidrig enterbten Notherben angefochten werden (§. 775); keineswegs könnte aber den übergangenen Kindern desselben auf Grund des §. 773 ein Klagerecht zugestanden werden, weil Abstämmlinge von noch lebenden Kindern nach §. 732 kein Recht zur gesetzlichen Erbfolge, und deßhalb auch nach §. 763 keinen Anspruch auf einen Pflichtheil haben [2]). Ingleichen scheint es nicht zulässig zu sein, daß der Erblasser den seinen Notherben entzogenen Pflichttheil nur einem oder einigen Kindern desselben zuwende; denn die Anordnung des §. 773, die von „den Kindern" überhaupt spricht, scheint offenbar alle Kinder im Auge zu haben, und es wäre in der That auch nicht abzusehen, wodurch die Bevorzugung eines oder des andern derselben gerechtfertigt werden könnte [3]).

5. Die Regel des §. 771, daß die Enterbungsursache einerseits von dem Erblasser zwar nicht ausgedrückt zu sein brauche, daß sie aber anderseits von dem Erben erwiesen werden müsse, scheint allerdings auch bei der wohlgemeinten Enterbung zu gelten, so wie der Widerruf einer solchen Enterbung ebenfalls nur auf die im §. 772 angedeutete Weise statthaft sein dürfte.

6. Die Vorschrift des §. 773 gilt ebensowohl von den Notherben der aufsteigenden Linien, so daß im letzteren Falle der dem Enterbten entzogene Pflichttheil den Geschwistern (oder anderweitigen Seitenverwandten) des Erblassers zu guten kömmt, da das Gesetz durchaus nicht unterscheidet, während an anderen Stellen des Gesetzbuches, wo nur von einer Classe der Notherben die Rede ist, immer der Ausdruck „Kinder" (§§. 776, 777, 778, 779 und 780) oder „Notherben der aufsteigenden Linie" (§. 781) gebraucht wird [4]). Winiwarter (bürgl. Recht, Bd. 3, S. 347) ist zwar entgegengesetzter Ansicht, weil dem Erblasser keine Verpflichtung obliegt, für die Geschwister zu sorgen, und weil es sonderbar wäre, wenn die Seitenverwandten, welche selbst keinen Pflichttheil anzusprechen haben, ihn gerade in dem Falle bekommen sollten, wo er ihnen nur auf Kosten der Gläubiger verschafft werden könnte. Allein es handelt sich hier überhaupt nicht um einen selbständigen Anspruch der Nachkommen eines Notherben, sondern um das Dasein der Bedingung, unter welcher das Gesetz eine sonst unzulässige Enterbung gestattet. Dasjenige Vermögen, welches im Falle derselben den Kindern des Enterbten zufällt, ist nicht ihr Pflichttheil, sondern bleibt immer der Pflichttheil des gedachten Notherben selbst, der ihnen nur aus besonderen Gründen zu guten kömmt. Was aber die Rechte der Gläubiger anbelangt, so werden sie durch die Verfügung des §. 773 gar nicht

---

immer möglich ist, daß er später Kinder bekäme; während geradezu aus §. 951 hervorgeht, daß der Gesetzgeber die Dispositionsfähigkeit kinderloser Personen zu Gunsten künftiger Abstämmlinge nicht beschränkt.

1) Nippel meint (in seinen Erläut. Bd. 5, S. 90), daß die Verfügung dann giltig sei, wenn der Erblasser zwar die Nachkömmlinge des Enterbten nicht in den Pflichttheil eingesetzt, diesen aber nicht ausdrücklich einem dritten zugedacht hat, denn das Gesetz erlaubt dem Erblasser, seinem verschuldeten oder verschwenderischen Notherben den Pflichttheil nur in der Art zu entziehen, daß selber den Kindern des Notherben zugewendet werde; wollte nun der Eblasser das erstere, so sei auch anzunehmen, daß er das letztere wollte, weil nur unter dieser Bedingung der Gesetzgeber ihm das erstere gestattete. Allein dieser Schluß scheint uns nicht bündig zu sein, denn der Erblasser konnte immerhin die Absicht haben, den seinem Notherben entzogenen Pflichttheil anderen Personen, als den Kindern desselben, zuzuwenden (z. B. den Geschwistern des Enterbten), was aber eben als unstatthaft erscheint.

2) S. Van der Straß: Kann den übergangenen Kindern eines enterbten Notherben auf Grund des §. 773 des a. b. G. B. ein Klagerecht zukommen? (Jurist, Bd. 16, S. 435.) — Unger, Erbrecht, S. 359, Anmerkg. 6.

3) S. Nippel, Erläut. Bd. 5. S. 91.

4) So wurde auch in einem von P. v. L. (a. a. O. in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1844, II., S. 770) angeführten Rechtsfalle entschieden, wo der Sohn eines in Concurs verfallenen Vaters denselben enterbte, und den Pflichttheil dessen Kindern, d. h. seinen Geschwistern zuwandte, indem die gegen die Giltigkeit dieser Anordnung von dem Massevertreter angestrengte Klage durch gleichlautende Urtheile der ersten und zweiten Instanz abgewiesen wurde. — S. auch Unger, Erbrecht, S. 358, Anmerkg. 2.

beschränkt, sondern diese können höchstens in einer Hoffnung getäuscht werden, die ihnen durch die ins Mittel tretende Enterbung ihres Schuldners vereitelt wird. Es scheint also kein genügender Grund vorhanden, die ganz allgemein lautende Verfügung des Gesetzes bloß auf die Notherben der absteigenden Linie einzuschränken.

7. Die Enterbung des §. 773 reducirt sich eigentlich auf eine Substitution; wenn daher der Substitutionsfall nicht eintritt, weil z. B. die Kinder des betreffenden Notherben vor demselben verstorben sind, so ist die Substitution als nicht beigefügt anzusehen, und es gebührt daher dem Notherben der ihm durch die gutgemeinte Enterbung entzogene Pflichttheil allerdings [1]).

§. 774.

Wie der Pflichttheil zu hinterlassen sei.

Der Pflichttheil kann in Gestalt eines Erbtheiles oder Vermächtnisses, auch ohne ausdrückliche Benennung des Pflichttheiles hinterlassen werden. Er muß aber dem Notherben ganz frei bleiben. Jede denselben einschränkende Bedingung oder Belastung ist ungiltig. Wird dem Notherben ein größerer Erbtheil zugedacht; so kann sie nur auf den Theil, welcher den Pflichttheil übersteigt, bezogen werden.

1. Nach älterem römischen Rechte war es genügend, wenn der Pflichttheil den Notherben auf irgend eine Art hinterlassen wurde, es mochte dieß durch Erbseinsetzung, Vermächtniß oder Schenkung auf den Todesfall, mit oder ohne Bezeichnung als Pflichttheil geschehen; ja selbst durch Acte unter Lebenden, hier jedoch mit der ausdrücklichen Bestimmung als Pflichttheil. Die Nov. 115 bestimmte dagegen, daß Eltern und Kinder zu Erben eingesetzt werden müssen; doch kann ihnen der Erblasser hierbei auch einzelne Sachen titulo singulari als ihre Portion anweisen. Unser a. b. G. B. ist den älteren Bestimmungen des römischen Rechtes gefolgt. Der Notherbe muß sich nach demselben zufrieden stellen, wenn er dasjenige erhält, was ihm zufolge der gesetzlichen Anordnung gebührt; die Form, unter welcher es ihm hinterlassen wurde, ist gleichgiltig.

2. Der Notherbe kann demnach:

a) auf den Pflichttheil eingesetzt werden. In diesem Falle steht ihm kein Zuwachsrecht zu, denn dieses gebührt nach §§. 560—562 nur dem unbestimmt eingesetzten Erben. Der Pflichttheil ist aber stets ein bestimmter Theil des Nachlasses; allerdings trifft ihn aber sowohl der Gewinn als der Verlust, der sich bis zur wirklichen Zutheilung in der Verlassenschaft ereignet (§. 786), und würde selbst nach derselben ein unbekanntes Vermögen des Erblassers zum Vorschein kommen, so könnte er seine Ansprüche darauf geltend machen, so wie er aber auch anderseits zur Tilgung neu sich offenbarender Schulden das seinige beitragen müßte. Der außer dem Pflichttheile erübrigende Nachlaß fällt dem testamentarischen, und wenn dieser hinwegfallen sollte, nach Zeiller's Ansicht [2]) den nach dem Notherben folgenden gesetzlichen Erben zu. Wir können jedoch dieser letztgedachten Behauptung nicht beipflichten; denn von einem Pflichttheile kann nur bei der testamentarischen Erbfolge die Rede sein; fällt diese hinweg, und tritt die gesetzliche Erbfolge an ihre Stelle, so ist nicht abzusehen, warum der Notherbe, der ja immer auch zugleich Intestaterbe ist (§. 763), von derselben ausgeschlossen sein sollte. Er wird demnach als gesetzlicher Erbe einzuschreiten berechtigt sein, und der ihm zugedachte Pflichttheil geht dadurch in dem ihm gebührenden Intestaterbtheile auf [3]).

b) Es ist ferner statthaft, daß der Notherbe nur überhaupt, nicht gerade

---

[1]) S. die Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 11. October 1851, Z. 8098, in Nr. 36 der allg. österr. Ger. Ztg. J. 1856.

[2]) Comment. Bd. 2, S. 786.

[3]) Darum ginge es auch anderseits nicht an, dem Notherben etwa den ihm ausdrücklich zugedachten Pflichttheil, und außerdem noch einen gleichen Antheil mit den andern Intestaterben an dem nach Abzug des ersteren übrig bleibenden Vermögen zuzuwenden, denn der Pflichttheil kann sich durch das Hinwegfallen des Testamentserben nicht in ein Prälegat gegenüber den andern Intestaterben verwandeln. — Anderer Meinung ist zum Theile Unger, Erbrecht, S. 348, Anmerkg. 1.

auf den Pflichttheil, eingesetzt wird, wo er dann wie jeder andere eingesetzte Erbe zu behandeln kömmt, und wenn der ihm zugewiesene Erbtheil den Pflichttheil erreicht oder übersteigt, keine weiteren Ansprüche aus dem Titel der Pflichttheilsberechtigung zu stellen hat[1]).

c) Ist der Pflichttheil als Vermächtniß, oder

d) in Gestalt einer Schenkung auf den Todesfall hinterlassen worden (§. 956), so könnte die Ausfolgung desselben sogleich, nicht erst nach einem Jahre vom Tode des Erblassers (§. 685), gefordert werden, weil der Pflichttheil, wie gleich unter Z. 3 näher wird erörtert werden, von jeder Belastung oder Einschränkung freibleiben muß. Würde in diesem Falle der testamentarische Universalerbe den Nachlaß aus was immer für einem Grunde (z. B. weil er vor dem Testator gestorben ist) nicht erlangen, und deßhalb die Intestaterbfolge eintreten, so könnte der Notherbe nicht etwa neben seinem Intestaterbtheile den ihm testamentarisch vermachten Pflichttheil ansprechen, denn das angeordnete Vermächtniß stellt sich als Aequivalent des Pflichttheiles dar, schließt diesen gewissermaßen in sich ein, und muß daher, so wie der Pflichttheil selbst, in dem auf den Notherben entfallenden Intestaterbtheil aufgehen, zumal sonst die Anordnung des Erblassers gegen dessen ausdrücklichen Willen gerade zur Begünstigung jener Notherben führen würde, die von ihm minder bedacht wurden[2]).

e) Inwiefern dasjenige, was der Notherbe bei Lebzeiten von dem Erblasser erhalten hat, in den Pflichttheil einzurechnen kömmt, wird bei der Erläuterung der §§. 788 und 789 zur Sprache kommen.

3. Die Absicht, welche der Gesetzgeber durch die Bestimmung des Pflichttheiles zu erreichen sucht, würde leicht vereitelt werden, wenn es dem Erblasser gestattet wäre, die Hinterlassung desselben auf eine Bedingung, auf einen Zeitpunkt, durch einen Auftrag oder eine erklärte Absicht einzuschränken (§. 695); deßhalb muß der Pflichttheil, unter was immer für einer Form er hinterlassen wurde, dem Notherben ganz frei bleiben. Jede denselben einschränkende Belastung ist daher ungiltig, und deßhalb als nicht beigesetzt zu betrachten. Hierher gehört jede sowohl aufschiebende als auflösende Bedingung, jede Zeitbestimmung, jeder Auftrag, sowie die erklärte Absicht, wenn sie zur Pflicht gemacht wurde; weiters aber auch jede andere Belastung, und somit auch eine fideicommissarische Substitution, weil in Folge derselben nach §. 613 dem eingesetzten Erben nur das eingeschränkte Eigenthum mit den Rechten und Verbindlichkeiten eines Fruchtnießers zukömmt[3]).

---

[1]) M hatte seine Söhne mit der Hälfte des Vermögens voraus bedacht (a titolo de prelegato) und zugleich mit seinen beiden Töchtern als Erben der andern Hälfte eingesetzt. Die Erbschaft wurde nach Maßgabe dieser Verfügung von den vier Geschwistern angetreten und ihnen gerichtlich eingeantwortet. Eine der Erbinen stellte nun das Begehren, daß ihr ein Achtel der Verlassenschaft in natura überantwortet werde. Die Beklagten wendeten ein, daß die Klägerin, da sie im Testamente nur mit einem, ihren Pflichttheil nicht übersteigenden Erbtheile bedacht worden sei, als Pflichttheilnehmerin zu betrachten sei, und in dieser Eigenschaft nur auf den nach gerichtlicher Schätzung berechneten Geldwerth ihrer Portion einen Anspruch habe. (s. unten die Erläuterung der §§. 784—786 des a. b. G. B. und das Hfd. vom 31. Jänner 1844, Nr. 781 der J. G. S.). Der oberste Gerichtshof erkannte unter dem 5. Mai 1859, Z. 3565 (allg. österr. Ger. Ztg. J. 1859, Nr. 137) nach dem Klagebegehren, in Erwägung, daß aus der Bestimmung des §. 774 des allg. b. G. B. nicht die Folgerung gezogen werden darf, als ob der Notherbe die Eigenschaft eines testamentarischen Erben nur für jenen Theil des ihm zugedachten geltend zu machen berechtiget sei, welcher seinen Pflichttheil übersteigt, sondern durch jene gesetzliche Anordnung nur eingesetzte Erben und Legatare, welche zugleich Notherben sind, verhindert werden sollen, auch diese letztere Eigenschaft zu dem Ende in Anspruch zu nehmen, um auf Kosten der andern zur Verlassenschaft berufenen Personen ein zweifaches Nachfolgerecht geltend zu machen, und daß hierbei dem Erblasser das Recht, über sein Vermögen nach Belieben — unbeschadet der Notherbenrechte — zu verfügen, vollends gewahrt bleibe.

[2]) S. den in Nr. 140 der allg. österr. Ger. Ztg. vom Jahre 1852 dargestellten Rechtsfall und die dort angeführte Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 24. Juni 1852.

[3]) Aus Anlaß eines vorgekommenen Rechtsfalles wurde die Behauptung aufgestellt, daß der Vater seinem unmündigen Kinde rücksichtlich des Pflichtheiles für den Fall giltig fideicommissarisch substituiren könne, wenn das Kind in der Unmündigkeit stürbe; denn eine solche Verfügung sei keine Einschränkung des Pflichttheiles, weil der Unmündige nach §. 569 ohnehin nicht testiren kann, mit eintretender Mündigkeit aber nach §. 615 die fideicommissarische Substitution erlischt. Allein mit Recht bemerkt Dr. C. E. Schindler (in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1839, I., S. 39) hiergegen, daß die fragliche Disposition den Notherben zwar nicht in seinem letztwilligen Verfügungsrechte, wohl aber in anderer Weise beschränke, indem er (beziehungsweise dessen Vormundschaft) bei dem Bestande einer solchen Substitution über die Substanz des Pflichttheiles nicht verfügen dürfte; dieß könnte aber sehr leicht praktisch werden, wenn z. B. der bloße Fruchtgenuß des Pflichttheiles zu dem gewöhnlichen, oder zu dem durch Krankheit u. dgl. nothwendig ge-

4. Wäre der Erblasser den Notherben zu enterben berechtiget gewesen, so muß sich der Notherbe die Einschränkung des Pflichttheiles, weil er unter dieser Voraussetzung ein freiwilliger Nachlaß ist, gefallen lassen[1]).

5. Wird dem Notherben ein größerer Erbtheil zugedacht, als der Pflichttheil desselben betragen würde, so kann dennoch eine denselben einschränkende Belastung nur auf denjenigen Theil bezogen werden, welcher den Pflichttheil übersteigt. Der Notherbe hat dann die freie Wahl, entweder die ihm zugedachte Erbschaft mit Vorbehalt des Pflichttheiles auszuschlagen (§. 808), oder aber, wenn er auch dasjenige erlangen will, was ihm über den Pflichttheil zugewendet wurde, den Willen des Erblassers zu erfüllen, und zwar, wenn die Belastung nicht theilbar ist, im ganzen Umfange; wenn sie aber getheilt werden kann, insoweit als das Uebermaß reicht. Demnach wäre z. B. der Notherbe, dem von dem Erblasser die Besorgung des Begräbnisses oder eines Monumentes aufgetragen wurde, diesen Auftrag nur so weit zu befolgen schuldig, als er aus dem Uebermaße des Pflichttheiles bestritten werden kann. Ingleichen würde eine angeordnete fideicommissarische Substitution[2]) oder eine beigefügte Zeitbestimmung nur rücksichtlich des den Pflichttheil übersteigenden Betrages gelten. Hätte aber der Erblasser verfügt, daß sein Sohn Universalerbe sein solle, wenn er die A ehelichet, so bliebe dem Sohne nur die Wahl, sich mit dem Pflichttheile zu begnügen, oder die ihm gesetzte Bedingung zu erfüllen[3]).

6. Der Erblasser kann auch die Anordnung treffen, daß der Notherbe mehr als den Pflichttheil erhalten solle, wenn er eine ihm gesetzte Bedingung erfüllt, oder die mit dem ihm zugedachten Erbtheile verknüpfte Last übernimmt, daß er dagegen im Weigerungsfalle auf den Pflichttheil eingeschränkt sein solle[4]). In diesem Falle steht dem Notherben unseres Erachtens nur die Wahl zu, entweder den unbelasteten Pflichttheil, oder den Erbtheil mit der Belastung auf das Ganze zu erwerben, und es geht nicht an, wie im vorigen Falle, die Last, auch wenn sie theilbar wäre, bloß auf das Uebermaß des Pflichttheiles zu beschränken[5]).

---

wordenen außergewöhnlichen Unterhalte des Notherben nicht zureichte, und nunmehr dazu, oder auch um den Notherben in einen fortdauernden Nahrungsstand zu versetzen (§. 220) u. s. w., die Substanz des Pflichttheiles angegriffen werden müßte. — S. auch Unger, Erbrecht, S. 349, Anmerkg. 2. — Uebrigens findet sich in Nr. 40 der allg. österr. Ger. Ztg. J. 1855 eine Entscheidung des obersten Gerichtshofes, welche von der Anschauung ausgeht, daß der §. 774 bezüglich des Pflichttheiles wohl einen allgemeinen Ausspruch enthalte, mithin als Regel gelte, nämlich für jene Fälle, wo der Notherbe testirungsfähig ist, wogegen der §. 609 aber die Ausnahme bei einem testirungsunfähigen Notherben (z. B. einem Blödsinnigen) ausdrücke.

[1]) S. Zeiler, Comment. Bd. 2, S. 786.

[2]) A hatte seine Tochter zur Erbin mit der Beschränkung eingesetzt, daß sie von dem, den Hauptbestandtheil des Nachlasses bildenden Hause die Zinsen beziehen könne, dasselbe aber ihren Kindern zu hinterlassen schuldig sei. Dr. Dierl (im Jurist, Bd. 3, S. 318) spricht hierüber seine Ansicht dahin aus, daß die Tochter den Pflichttheil unbeschränkt, das Pflichttheilsübermaß aber unter den im Testamente festgesetzten Bestimmungen zu erhalten habe. — Vgl. auch den in Nr. 120 der allg. österr. Ger. Ztg. J. 1853 mitgetheilten Rechtsfall und die darüber erflossene Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 9. Jänner 1852, Z. 23.

[3]) S. Zeiller, Comment. Bd. 2, S. 788.

[4]) Hierauf bezieht sich die im römischen Rechte von ihrem angeblichen Erfinder s. g. cautela Socini. Vgl. Unger, Erbrecht, S. 349, Anmerkg. 4

[5]) S. die Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 19. Mai 1853 im Eco dei Tribunali. J. 1853. S. 234. Vgl. auch den von Dr. Franz Kalessa mitgetheilten Rechtsfall (Wie weit geht das Recht der Eltern, ihre großjährigen Kinder in Ansehung des Vermögens, welches die Kinder von ihnen erben, zu beschränken?) in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1849, II., S. 255. Ein Vater hatte in seinem Testamente eines seiner Kinder auf den Pflichttheil gesetzt, seine übrigen vier Kinder aber zu Erben berufen, jedoch ihnen ihre eignen Kinder substituirt, und dieser Anordnung die Sanction beigefügt, daß jenes seiner zu Erben berufenen Kinder, welches diese seine letztwillige Anordnung bestreiten würde, auf den Pflichttheil gesetzt sein solle. Eine der Töchter des Erblassers, welche als Erbin eingesetzt war, bat nun um Freierklärung ihres Pflichttheiles von dem angeordneten Substitutionsbande, welchem Begehren auch stattgegeben wurde; nun trat aber ihre Miterbin klagbar auf, und machte die Bestimmung des väterlichen Testamentes geltend, daß jenes Kind, welches die angeordnete Substitution anfechten würde, mit Ausschließung von der übrigen Verlassenschaft, lediglich auf den Pflichttheil beschränkt sein solle. Diese Klage wurde durch das erstrichterliche Urtheil als zulässig erkannt, in zweiter Instanz zurückgewiesen, in dritter Instanz aber das erstrichterliche Urtheil bestätigt. Dr. Kalessa pflichtet nun der Ansicht des Obergerichtes bei, indem er behauptet, daß jede Anordnung des Erblassers, wodurch der Erbe, welcher gegen die Belastung des Pflichttheiles Einwendungen macht, mit einem Nachtheile bedroht wird, ungiltig sein müsse, weil ja sonst der Erbe in dem Rechte, den unbelasteten Pflichttheil zu fordern, wesentlich beschränkt wäre, indem er dieses Recht nicht ausüben könnte, ohne sich anderweitige große Nachtheile zuzuziehen. — Allein wir können hierin keine Beschränkung des Pflichttheiles finden, der ja dem Notherben jedenfalls frei bleiben soll, wenn er sich mit demselben begnügen will. Dieß ist es, was das Gesetz fordert, und was auch er verlangen kann; will er auch „anderweitige" Vortheile erringen, so möge er sich den Bedingungen fügen, die ihm der Erblasser setzte. Dieser hat den Bestimmungen des Gesetzes vollkommen Rechnung getragen, indem er dem Notherben die Wahl ließ, entweder den unbelasteten Pflichttheil oder den mit dem Substitutionsbande

§. 775.

Rechtsmittel des Notherben: a) bei einer widerrechtlichen Enterbung oder Verkürzung in dem Pflichttheile;

Ein Notherbe, welcher ohne die in den §§. 768—773 vorgeschriebenen Bedingungen enterbt worden, kann den ihm gebührenden vollen Pflichttheil; und wenn er in dem reinen Betrage des Pflichttheiles verkürzt worden ist, die Ergänzung desselben fordern.

1. Das Gesetz geht im §. 775 auf die Entwicklung der Rechtsmittel über, welche dem Notherben zustehen, um zu seinem vollen und ungeschmälerten Pflichttheile zu gelangen. Diese Materie bietet bekanntlich im römischen Rechte vielfache Schwierigkeiten dar. Die österreichische Gesetzgebung suchte auch hier die Sache möglichst zu vereinfachen. Sie ging, wie bei der Bestimmung des §. 774, von dem Principe aus, daß es nur darauf ankomme, dem Notherben den ihm gebührenden Pflichttheil zu verschaffen, daß aber die übrigen Anordnungen des Erblassers dadurch nicht beirrt werden sollen. Das Testament wird also in der Regel nicht umgestoßen[1]), sondern der §. 729 verfügt nur, daß der Notherbe, wenn er durch eine letzte Willenserklärung verkürzt worden, sich auf die Vorschrift des Gesetzes berufen, und den nach Maßgabe desselben ihm gebührenden Pflichttheil gerichtlich fordern könne. In dieser Beziehung muß nun vor allem unterschieden werden, ob der Notherbe in dem letzten Willen a) ausdrücklich enterbt, oder b) zwar bedacht, aber in dem reinen Betrage des Pflichttheiles verkürzt, oder c) ob er ganz mit Stillschweigen übergangen ist.

2. Ist der Notherbe ausdrücklich enterbt, und sind hierbei alle im Gesetz vorgeschriebenen Bedingungen (§§. 768—773) erfüllt worden, so hat er auf einen Pflichttheil keinen Anspruch (§. 767); er muß sich also mit dem begnügen, was ihm der Erblasser ungeachtet der Enterbung etwa zugewendet hat (s. S. 386 d. W.), oder er geht ganz leer aus. Anders gestaltet sich die Sache, wenn die Enterbung nicht mit allen gesetzlichen Erforderníssen versehen ist. Ist nämlich die Enterbungsursache nicht im Gesetze begründet (§§. 768—770 und 773), oder kann sie von dem Erben nicht erwiesen werden (§. 771), oder sind bei der gutgemeinten Enterbung die Bedingungen des §. 773 nicht erfüllt worden, so wird zwar dadurch die letzte Willenserklärung nicht ungiltig, aber der Notherbe kann ungeachtet der entgegenstehenden Verfügung des Erblassers den ihm gebührenden vollen Pflichttheil verlangen. Ist dagegen das Testament oder Codicill, in welchem die Enterbung enthalten ist, aus andern Gründen (z. B. wegen Unfähigkeit des Testators, oder aus Mangel der gesetzlichen Förmlichkeiten) ungiltig, so tritt die gesetzliche Erbfolge ein (§. 727), und es ist dann ohnehin von einem Pflichttheilsanspruche keine Rede, sondern dieser geht in dem Intestaterbtheile auf, und der Notherbe succedirt als gesetzlicher Erbe, wenn ihm nicht ein Grund der Erbsunfähigkeit oder Unwürdigkeit (s. S. 384 d. W.) entgegensteht.

---

behafteten Erbtheil zu erlangen. Auch der §. 720, den der Verfasser angewendet wissen will, kann auf den vorliegenden Fall nicht bezogen werden; denn der Sinn der letztwilligen Anordnung des Erblassers ist ohnehin vollkommen klar, und die Bestreitung derselben zielt nicht darauf ab, diesen Sinn festzustellen, sondern vielmehr die Anordnung des Erblassers auf eine, seinem Willen geradezu widersprechende Weise zu beschränken. Ein anderer Fall ist der in Nr. 111 und 112 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1853 mitgetheilte. Der Erblasser hatte seiner Gattin A den Fruchtgenuß seines ganzen Vermögens, so lange sie lebe, und Witwe bleibe, vermacht, zu seiner Universalerbin aber seine Tochter B eingesetzt, jedoch mit dem Beisatze, daß, wenn diese seine Tochter seine letztwillige Anordnung bestreiten würde, sie und seine Witwe A seine Universalerbinen zu gleichen Theilen sein sollten. Bei der Verlassenschaftsabhandlung erklärte die Tochter B, daß sie zwar die Erbschaft ihres Vaters annehme, jedoch ohne Nachtheil für ihren Pflichttheil, der nach dem Gesetze von jeder Beschränkung oder Belastung frei bleiben müsse. Die Witwe A dagegen erklärte, daß sie sich diese bedingte Erbserklärung der B nicht gefallen lassen wolle, sondern daß dadurch der im Testamente vorgesehene Fall der Bestreitung der väterlichen Anordnung eingetreten sei, daß daher der gesammte Nachlaß ihr (der A) und der Tochter B zu gleichen Theilen eingeantwortet werden müsse. Nun überreichte B eine Klage, worin sie unter Berufung auf §. 774 des a. b. G. B. vor allem begehrte, die Geklagte (A) sei schuldig, sie als Erbin der einen Hälfte des väterlichen Nachlasses frei von jeder testamentarischen Last, und überdieß als Erbin auch der zweiten Hälfte des Nachlasses, jedoch letzterer mit allen testamentarischen Lasten behaftet, anzuerkennen. Eventuell bat sie um Erkenntniß, Geklagte sei schuldig, sie als Miterbin zu gleichen Theilen zu dem ganzen väterlichen Nachlasse in Gemäßheit der testamentarischen Verfügung und aus dem Titel des väterlichen Pflichttheiles zu betrachten und anzuerkennen: daß die Hälfte des Nachlasses, welche ihr als Pflichttheil gebühre, von jeder testamentarischen Last frei zu bleiben habe. Der oberste Gerichtshof erkannte mit Entscheidung vom 19. Mai 1853, Z. 4148, nur nach dem zweiten, eventuell gestellten Begehren.

[1]) Eine auf ganz anderen Grundlagen beruhende Ausnahme enthält der §. 778.

3. Wurde der Notherbe mit einem Erbtheile oder Vermächtnisse bedacht, so kömmt es darauf an, ob eines oder das andere dem Betrage des ihm gebührenden Pflichttheiles gleich komme. Ist dieß nicht der Fall, so ist der Verkürzte berechtigt, die Ergänzung des Pflichttheiles zu fordern, und wäre dieser, der Bestimmung des §. 774 entgegen, durch irgend eine Bedingung oder Belastung eingeschränkt, so kann der Notherbe die Ungiltigerklärung derselben begehren. Bei der Hinterlassung des Pflichttheiles in der Gestalt eines Vermächtnisses kann der Notherbe insbesondere die Entrichtung des Legates sofort begehren, und ist an die sonst (nach §. 685 des b. G. B.) geltende Jahresfrist nicht gebunden [1]).

4. Welche Rechtsmittel den durch eine pflichtwidrige Schenkung (unter Lebenden) verkürzten Notherben zustehen, wird beim §. 951 erörtert werden.

§. 776.

b) bei einer gänzlichen Uebergehung.

Wenn aus mehreren Kindern, deren Dasein dem Erblasser bekannt war, Eines ganz mit Stillschweigen übergangen wird; so kann es ebenfalls nur den Pflichttheil fordern.

1. Ist der Notherbe in der letztwilligen Anordnung des Erblassers ganz mit Stillschweigen übergangen (präterirt), so muß zuvörderst unterschieden werden, ob dieses Stillschweigen etwa aus einem Irrthume des Testators über das Dasein des Uebergangenen herrührt (§§. 777 und 778), oder ob eine wissentliche Uebergehung stattgefunden hat (§. 776). Das Gesetz trifft für beide Fälle eine wesentlich verschiedene Anordnung. Im ersten Falle kömmt es nämlich darauf an, dem Uebergangenen einen solchen Erbtheil zuzuwenden, wie er nach dem vermutheten Willen des Erblassers wahrscheinlich erhalten haben würde, wenn diesem das Dasein desselben bekannt gewesen wäre; im zweiten Falle handelt es sich darum, den Notherben gegen den erklärten Willen des Testators in Schutz zu nehmen, insofern er sich desselben nicht etwa unwürdig gemacht [2]). Uebrigens ist diese Unterscheidung rücksichtlich der Notherben der aufsteigenden Linie von keiner praktischen Bedeutung, weil diese Notherben nach §. 781 immer nur den Pflichttheil aus der Masse fordern können.

2. Der Fall der Uebergehung ist dann vorhanden, wenn der Notherbe in der letztwilligen Anordnung gar nicht erwähnt, oder wenn er zwar in der letzten Willenserklärung genannt, aber weder enterbt, noch auf was immer für eine Art bedacht ist, wie wenn ihm z. B. bloß ein Vormund ernannt wurde; und zwar ohne Unterschied, ob der Erblasser hierbei über seinen ganzen Nachlaß oder nur über einen Theil desselben zu Gunsten dritter Personen verfügte [3]).

3. Die Uebergehung stellt sich dann als eine wissentliche dar, wenn der Erblasser von dem Dasein des Kindes Kenntniß hatte, d. h. wenn er wußte, daß sich die in Frage stehende Person in dem Verhältnisse eines Verwandten der auf- oder absteigenden Linie zu ihm befinde. Hierbei scheint es nicht nothwendig zu sein, daß der Verstorbene auch gewußt habe, die fragliche Person sei berechtiget, einen Pflichttheil von ihm anzusprechen, wenn ihm nur die Existenz derselben bekannt war,

---

[1]) Vgl. Unger, Erbrecht, S. 359.

[2]) Vgl. meine Abhandlung von der Uebergehung der Notherben in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1839, I., S. 193.

[3]) Nach Zeiller's Ansicht (Comment. Bd. 2, S. 791) ist eine Uebergehung dann nicht vorhanden, wenn der Notherbe zwar in der letztwilligen Anordnung nicht erwähnt wurde, wenn aber der Erblasser nicht die ganze Verlassenschaft andern Personen zugewendet hat; indem der Uebergangene als gesetzlicher Erbe stillschweigend berufen sei. Allein unser a. b. G. B. kennt keine stillschweigende Erbseinsetzung (§§. 553, 564 und 565). Der Notherbe ist vielmehr auch in diesem Falle als übergangen anzusehen; wenn aber der Intestaterbtheil, welchen er aus jenem Theile des Nachlasses erhält, über den der Erblasser nicht verfügt hat, eben so groß oder größer ist als der Pflichttheil, so kann von einem weiteren Anspruche des Notherben keine Rede sein, da er in seinem Pflichttheile nicht als verkürzt erscheint. Ist aber der entfallende Intestaterbtheil kleiner als der Pflichttheil, so kann der Uebergangene immerhin den vollen Pflichttheil fordern.

worunter übrigens auch das Dasein als Leibesfrucht (im Mutterleibe) nach §. 22 des a. b. G. B. zu verstehen ist[1]).

4. Den Fall einer wissentlichen Uebergehung in dem eben entwickelten Sinne vorausgesetzt, entsteht nunmehr die weitere Frage, welche Wirkungen dieselbe hervorbringe, und welche Rechtsmittel dem Uebergangenen etwa dagegen zustehen? Das Gesetz unterscheidet in dieser Beziehung zuvörderst, ob der übergangene Notherbe sich einer Enterbungsursache schuldig gemacht hat oder nicht. Der erste Fall erhält im §. 782 seine nähere Bestimmung, für den zweiten Fall aber verfügt der §. 776, daß der Uebergangene zwar allerdings den Pflichttheil, aber auch nur diesen, also keinen größeren Erbtheil fordern könne, denn der Erblasser hat durch sein Stillschweigen zu erkennen gegeben, daß er der betreffenden Person aus seinem Nachlasse gar nichts zuwenden wollte. Diese Anordnung wird nun zwar nicht in ihrem ganzen Umfange zur Erfüllung gebracht, aber sie unterliegt auch nur in soweit einer Beschränkung, als es das Institut des Pflichttheiles überhaupt fordert. Der §. 776 spricht zwar nur von „Einem aus mehreren Kindern", es müssen aber hierunter nach der Regel des §. 42 (und §. 763) auch die entfernteren Abstämmlinge verstanden werden, die sich zur Zeit der Errichtung des letzten Willens bereits in dem Verhältnisse als pflichttheilsberechtigte Notherben befanden. Ingleichen muß die Anordnung des vorstehenden §. zufolge einer offenbaren Analogie auch auf den Fall ausgedehnt werden, daß der Erblasser sein einziges Kind, dessen Dasein ihm bekannt war, oder mehrere aus seinen Kindern, oder alle seine Nachkömmlinge auf gleiche Weise mit Stillschweigen übergangen, da die engere Fassung des §. 776 sich wohl daraus erklären läßt, daß der Gesetzgeber hierbei nur das gewöhnlich vorkommende vor Augen hatte.

§. 777.

Wenn aber aus den Umständen erwiesen werden kann, daß die Uebergehung Eines aus mehreren Kindern nur daher rühre, weil dem Erblasser das Dasein desselben unbekannt war, so ist der Uebergangene nicht schuldig, sich mit dem Pflichttheile zu begnügen, sondern er kann den Erbtheil, welcher für den am mindesten begünstigten Notherben ausfällt; wofern aber der einzige noch übrige Notherbe eingesetzt wird, oder alle übrige zu gleichen Theilen berufen sind, einen gleichen Erbtheil verlangen.

§. 778.

Hat der Erblasser einen einzigen Notherben, und er übergeht ihn aus oben gedachtem Irrthume mit Stillschweigen; oder erhält ein kinderloser Erblasser erst nach Erklärung seines letzten Willens einen Notherben, für den keine Vorsehung getroffen ist, so werden nur die zu öffentlichen Anstalten, zur Belohnung geleisteter Dienste, oder zu frommen Absichten bestimmten Vermächtnisse in einem, den vierten Theil der reinen Verlassenschaft nicht übersteigenden Betrage verhältnißmäßig entrichtet, alle übrigen Anordnungen des letzten Willens aber gänzlich entkräftet. Sie erlangen jedoch, wenn der Notherbe vor dem Erblasser verstorben ist, wieder ihre Kraft.

1. Es ist bereits oben (S. 388 d. W.) bemerkt worden, daß die Bestimmungen, welche unser a. b. G. B. für den Fall einer Uebergehung aus Irrthum oder Unwissenheit getroffen hat, sich wesentlich von jenen unterscheiden, welche den Fall der wissentlichen Uebergehung betreffen, indem sie namentlich darauf abzielen, die Verlassenschaft so zu vertheilen, wie sie der Verstorbene wahrscheinlich vertheilt haben würde, wenn er in dem unterlaufenen Irrthume nicht befangen gewesen wäre[2]). Der dem aus Irrthum übergangenen Notherben zugewiesene Antheil ist daher eigentlich kein Pflichttheil, sondern ein demselben aus dem gesetzlich ver-

---

[1]) Vgl. meine o. a. Abhandlung in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1839, I., S. 206.

[2]) Vgl. Zeiller in seiner Abhandlung Ueber die Principien des a. b. G. B. (Pratobevera's Mat. Bd. 3, S. 183) und meine Abhandlung von der Uebergehung der Notherben (Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1840, II., S. 69).

mutheten Willen des Erblassers gebührender Erbtheil (vgl. §. 783), der oft (wenigstens bei den Abstämmlingen) den Pflichttheil übersteigt.

2. Die Verfügungen, welche unser a. b. G. B. in den vorstehenden §§. rücksichtlich der Uebergehung aus Irrthum oder Unwissenheit getroffen hat, beziehen sich nur auf die Notherben der absteigenden Linie, da der §. 781 ganz allgemein dahin lautet, daß ein Notherbe der aufsteigenden Linie, wenn er mit Stillschweigen übergangen wurde, immer nur den Pflichttheil aus der Masse fordern könne [1]).

3. Unter welchen Voraussetzungen die Uebergehungen eines Notherben als wissentlich oder nicht wissentlich geschehen anzusehen sei, ist bereits oben (S. 388 d. W.) erörtert worden. Sollte sich hierüber ein Zweifel ergeben, so läge der Beweis demjenigen ob, welcher einen Irrthum oder die Unwissenheit des Erblassers behauptet [2]), denn der Gesetzgeber kann nicht das außergewöhnliche, sondern muß vielmehr dasjenige vermuthen, was nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge einzutreten pflegt. Da aber der Irrthum, sowie die Unwissenheit, eine Thatsache ist, welche nicht durch die Sinne wahrgenommen werden kann, so ist hierüber nicht ein directer Beweis nothwendig, sondern es genügt, wenn derselbe auf indirectem Wege, aus den obwaltenden „Umständen" hergestellt wird, wobei es dem Ermessen des Richters überlassen bleibt, das Gewicht dieser Umstände, deren jeder einzelne allerdings gerichtsordnungsmäßig erprobt sein muß, zu untersuchen und zu würdigen [3]).

4. Den Fall einer Uebergehung aus Irrthum oder Unwissenheit vorausgesetzt, frägt es sich nun weiter, welchen Erbtheil der übergangene Abstämmling (siehe S. 388) anzusprechen habe? Hierbei kömmt nach dem Geiste des Gesetzes zu unterscheiden, ob zur Zeit der Errichtung des letzten Willens außer dem Uebergangenen noch ein anderer Abstämmling, dessen Dasein dem Erblasser damals bekannt war, existirte, oder ob zu jener Zeit kein solcher Abstämmling vorhanden gewesen. Im ersten Falle bietet nämlich die von dem Erblasser selbst für den bekannten Notherben getroffene Verfügung einen hinreichenden Anhaltspunkt dar, aus welchem sich mit einiger Wahrscheinlichkeit entnehmen läßt, mit welchem Antheile auch der Uebergangene von ihm bedacht worden wäre, wenn in Ansehung seiner eben nicht ein Irrthum obgewaltet hätte. Im zweiten Falle ermangelt es dagegen an einem solchen Anhaltspunkte, und es erübrigt daher nichts, als die ganze letztwillige Anordnung, einige wenige Ausnahmen abgerechnet, für unwirksam zu erklären.

5. Ist nun außer dem aus Irrthum übergangenen noch ein anderer bekannter Notherbe vorhanden, so ist der erstere nicht schuldig, sich mit dem Pflichttheile zu begnügen, sondern er kann eine gleiche Behandlung mit letzterem ansprechen, weil eben, wie schon oben angedeutet wurde, zu vermuthen ist, daß der Erblasser von gleicher Liebe gegen alle seine Abstämmlinge beseelt sei, und keinen vor dem andern bevorzugt haben würde.

6. Sind mehrere bekannte Notherben vorhanden, so kömmt weiter zu unterscheiden, welche Verfügung der Erblasser in Ansehung derselben getroffen.

a) Sind alle ohne Vorschrift einer Theilung zu Erben eingesetzt, so theilen sie den Nachlaß nach §. 555 zu gleichen Theilen, und es kann daher auch der Uebergangene einen gleichen Antheil mit den übrigen fordern; doch muß hierbei

---

[1]) Dem steht nicht entgegen, daß der §. 778 sich des allgemeinen Ausdruckes „Notherbe" bedient, denn in dem weiteren Verlaufe desselben heißt es: „erhält ein kinderloser Erblasser . . . . einen Notherben", woraus deutlich hervorgeht, daß das Gesetz nur die Notherben der absteigenden Linie vor Augen hat, da sich nicht voraussetzen läßt, daß in einem und demselben §. das Wort Notherbe einmal in der engeren, das andere Mal in der weiteren Bedeutung genommen sei. Die Beschränkung der Eltern auf den Pflichttheil gilt übrigens, wie Unger (Erbrecht, S. 370, Anmerkg. 2) ganz richtig bemerkt, nicht nur dann, wenn der Erblasser von ihrer physischen Existenz keine Kenntniß hatte, sondern auch in dem Falle, daß die Eltern erst durch das nach Errichtung des Testamentes stattfindende Hinwegfallen der Kinder- oder näher stehender, wenngleich bedachter Ascendenten Notherben in concreto werden.

[2]) Darum heißt es im Eingange des §. 778: „wenn aus den Umständen erwiesen werden kann" u. s. w.

[3]) S. Unger und Haimerl's Vierteljahrsschrift Bd. 1, S. 91.

auf die Vorschrift des §. 559 Rücksicht genommen werden, welche bestimmt, daß, wenn unter den eingesetzten Erben solche Personen zusammentreffen, wovon einige bei der gesetzlichen Erbfolge gegen die übrigen als Eine Person angesehen werden müssen, sie auch bei der Theilung aus dem Testamente nur als Eine Person zu betrachten seien [1]).

b) Hat der Erblasser die bekannten Abstämmlinge unter dem allgemeinen Ausdrucke einer gleichen Theilung (§. 560) zur Erbschaft, oder ihnen der Ziffer nach bestimmte, aber gleiche Theile zugewiesen, so kann der Uebergangene ebenfalls einen gleichen Erbtheil mit den übrigen ansprechen, nur käme hier die Vorschrift des §. 559 nicht zur Anwendung (vgl. S. 163, Z. 3 d. W.) [2]).

c) Sind den eingesetzten Notherben bestimmte, aber ungleiche Erbtheile zugemessen, so kann der Uebergangene jenen Erbtheil fordern, welcher für den am mindest begünstigten ausfällt, dem aber doch mehr als der Pflichttheil zugewiesen sein muß, denn die Anordnung des §. 777 beabsichtigt offenbar den Vortheil des irrthümlich übergangenen Notherben, und geht daher von der Voraussetzung aus, daß ihm durch die Gleichstellung mit den bekannten Notherben ein größerer Erbtheil zufallen werde, als der bloße Pflichttheil, wie sich schon aus den Worten des §. 777: „so ist der Uebergangene nicht schuldig, sich mit dem Pflichttheile zu begnügen," unwiderleglich ergibt. Wäre daher einer der bekannten Notherben rechtmäßig oder ohne gegründete Ursache enterbt (§. 775), oder ganz mit Stillschweigen übergangen (§. 776), in dem reinen Betrage des Pflichttheiles verkürzt (§. 775) oder auf denselben beschränkt worden, so kömmt er bei der Ausmessung nicht in Betrachtung (§. 767), und der aus Irrthum Uebergangene wird daher einen gleichen Erbtheil mit jenem Abstämmlinge erhalten, welcher außer dem Enterbten, mit Stillschweigen Uebergangenen, auf den Pflichttheil Beschränkten, oder in demselben Verkürzten als der am mindesten Begünstigte erscheint [3]).

d) Ist einer der bekannten Notherben mit einem Vermächtnisse bedacht worden, so müßte dasselbe abgeschätzt, und das Verhältniß des Schätzungswerthes zu dem gesammten Nachlasse ermittelt werden, um es mit den Erbtheilen der übrigen vergleichen und darnach bestimmen zu können, welcher unter den Notherben als der am mindesten begünstigte erscheine; denn der Ausdruck „Erbtheil", dessen sich der §. 777 bedient, ist an mehreren Stellen des a. b. G. B. (z. B. §§. 535, 757, 758, 762 u. dgl.) in weiterer Bedeutung genommen, in welcher er auch die Legate in sich begreift [4]), und es finden sich in demselben auch noch andere Fälle (so in den §§. 787, 774 in Verbindung mit 775, 783 und gewissermaßen auch im §. 726), wo der Werth eines Vermächtnisses im Wege der Schätzung erhoben, und sohin als Maßstab der Vergleichung mit einem Erbtheile im engeren Sinne angenommen werden muß [5]).

---

[1]) Hätte z. B. der Erblasser einen Sohn A und von einem früher verstorbenen Sohne B die Enkel C, D und E hinterlassen, und von diesen Abstämmlingen die ihm bekannten A, C und D ohne Bestimmung der Theile zu Erben eingesetzt, den E aber aus Irrthum übergangen, so kann dieser nur $^{1}/_{6}$ des Nachlasses, d. i. einen gleichen Theil mit seinen Geschwistern C und D beanspruchen. — Wären anderseits zwei Söhne des Erblassers (A und B) und von einem dritten vorverstorbenen Sohne (C) die Enkel D und E vorhanden, und von diesen A, D und E ohne Vorschrift einer Theilung zur Erbschaft berufen, der Sohn B aber unwissentlich übergangen, so gebührt ihm nicht etwa bloß $^{1}/_{4}$, sondern $^{1}/_{3}$ des Nachlasses, da D und E nur als eine Person betrachtet werden müssen. — Vgl. auch Nippel, Erläut. Bd. 5, S. 98.

[2]) Es würden also in den oben angeführten Fällen E und B je $^{1}/_{4}$ des Nachlasses erhalten.

[3]) S. Nippel, Erläut. Bd. 5, S. 102.

[4]) S. Nippel, Erläut. Bd. 5, S. 102.

[5]) Winiwarter (bürgl. Recht, Bd. 3, S. 354) meint zwar, daß die weitere Bedeutung des Wortes „Erbtheil" im §. 777 nicht anzunehmen sei, weil dieser §. bestimmt: „der Uebergangene solle den Erbtheil erhalten, welcher für den am mindesten Begünstigten ausfällt;" es müsse daher von einem Erbtheile die Rede sein, welcher durch eine Berechnung oder Vertheilung erst ermittelt werden muß, nicht aber von einem solchen, welcher dem Betrage nach von dem Erblasser selbst schon bestimmt worden ist. — Wir glauben aber bemerken zu müssen, daß der Gesetzgeber durch obige Verfügung wohl nur jenen Antheil bezeichen wollte, welcher nach der gemachten Berechnung als der geringste anerkannt wird; daß ferner im gewöhnlichen Leben der Unterschied zwischen Erbtheil und Vermächtniß durchaus nicht strenge aufgefaßt wird, so daß man immer noch mit Beruhigung schließen kann, der Erblasser würde dem Uebergangenen, wenn er um dessen Dasein gewußt hätte, zwar nicht eine gleiche Sache, aber doch einen gleichen Werth zugewendet haben. — Endlich bliebe man bei der Auslegung Winiwarter's ganz ohne Anhaltspunkt, wenn der Erblasser sämmtliche bekannte Notherben nur mit Vermächtnissen bedacht hätte.

7. Um nach den eben aufgestellten Grundsätzen den Antheil des Uebergangenen zu ermitteln, müssen alle von dem Erblasser bestimmten Erbtheile (im eben angeführten Sinne) auf gemeinschaftlichen Nenner gebracht, sohin dem Uebergangenen ein gleicher Antheil mit dem am mindesten begünstigten Notherben zugeschrieben, und die Verlassenschaft nach der Summe der Zähler vertheilt werden [1]).

8. Hat einer der bekannten Notherben schon bei Lebzeiten eine Gabe erhalten, welche ihm nach §. 788 in seinen Pflichttheil eingerechnet werden muß, so scheint diese allerdings auch hier in Anschlag zu kommen, ungeachtet der §. 790 verfügt, daß die Anrechnung bei der Erbfolge der Kinder aus einem letzten Willen nur dann geschieht, wenn sie von dem Erblasser ausdrücklich verordnet wird; denn hier handelt es sich, wie Nippel (Erläut. Bd. 5, S. 104) ganz richtig hervorhebt, nicht eigentlich darum, daß die Anrechnung wirklich geschehe, sondern nur um die Entscheidung der Frage, welches aus den Kindern als am mindesten begünstigt anzusehen sei, und welchen Antheil daher der irrthümlich Uebergangene anzusprechen habe? Der Erblasser konnte ja eben darum, weil er das eine Kind schon bei Lebzeiten bedacht hatte, es bei seiner letztwilligen Verfügung kürzer als das andere Kind halten, ohne daß man deßhalb sagen kann, er habe es minder begünstigen wollen, wenn das, was es aus dem letzten Willen erhält, mit Hinzuschlagung dessen, was ihm bereits bei Lebzeiten des Erblassers an anrechnungsfähigen Posten zu Theil wurde, ebensoviel, oder vielleicht noch mehr beträgt, als der dem andern Kinde zugewiesene Erbtheil.

9. Der §. 777 spricht zwar ausdrücklich nur von dem Falle, da der Erblasser eines aus mehreren Kindern mit Stillschweigen übergangen; er muß aber einer offenbaren Analogie zufolge auch dann in Anwendung gebracht werden, wenn der Testator mehrere seiner Abstämmlinge aus dem gleichen Grunde (aus Irrthum über ihr Dasein) übergangen hätte, und es gilt hierbei die schon oben (S. 389 d. W.) gemachte Bemerkung.

10. Hat der Erblasser einen einzigen Notherben, den er aus dem in Frage stehenden Irrthume mit Stillschweigen übergeht, so fehlt es an einem sicheren Anhaltspunkte zur Vergleichung, wie er den Uebergangenen behandelt haben würde, wenn ihm dessen Dasein bekannt gewesen wäre; das Gesetz verordnet daher (im §. 778), daß der vorhandene letzte Wille gänzlich entkräftet werde, weil allerdings zu vermuthen ist, daß der Erblasser den übergangenen Notherben seinen entfernteren Verwandten oder gar einer fremden Person vorgezogen, und ihm den ganzen Nachlaß zugewendet haben würde; es ist also nicht nur die Erbseinsetzung unwirksam, sondern auch die Vermächtnisse und alle übrigen etwa getroffenen Anordnungen des Testators entfallen, und der gesammte Nachlaß geht auf den übergangenen Notherben nach den Grundsätzen der gesetzlichen Erbfolge über.

11. Von dieser Anordnung sind nur einige Vermächtnisse ausgenommen, welche sich, wie Zeiller (Comm. Bd. 2, S. 795) bemerkt, auf eine allgemein anerkannte Billigkeit gründen, und von dem Erblasser gewöhnlich angeordnet werden, von denen daher zu vermuthen ist, daß sie auch dem übergangenen Notherben

---

[1]) Hätte z. B. der Erblasser seinen Sohn A zu $^1/_2$, seinen Sohne B zu $^1/_3$ und eine fremde Person zu $^1/_6$ als Erben eingesetzt, oder B ein Haus vermacht, dessen Werth $^1/_3$ des Nachlasses ausmacht, so käme dem übergangenen Notherben C $^2/_6$ (d. i. ein gleicher Antheil mit dem am wenigsten Begünstigten B) zuzuschreiben, und der Nachlaß wäre nach der Summe der Zähler ($^3/_6$ für A, $^2/_6$ für B, $^1/_6$ für den fremden Erben und $^2/_6$ für den Uebergangenen) in 8 Theile zu theilen. Hat der Erblasser nicht über den ganzen Nachlaß verfügt, so meint Nippel (Erläut. Bd. 5, S. 100), daß als Maßstab der Vertheilung für den übergangenen Notherben nicht nur jener Antheil, welchen der Erblasser dem mindest begünstigten Notherben zugewiesen hat, sondern auch jener anzunehmen sei, welchen er in Folge des gesetzlichen Erbrechtes aus dem Nachlasse erhält. Hätte der Erblasser in obigem Beispiele dem A $^3/_6$, dem B $^2/_6$ des Nachlasses zugewiesen, über das letztere $^1/_6$ aber nicht verfügt, so würden sie als gesetzliche Erben nach §. 556 gleich unter sich theilen; es würden also A $^6/_{12} + ^1/_{12} = ^7/_{12}$ und B $^4/_{12} + ^1/_{12} = ^5/_{12}$ bekommen. Träte nun der übergangene Notherbe C hinzu, so würde er nach Nippel's Ansicht $^5/_{12}$ zugeschrieben erhalten, und die Erbschaft demnach in 17 Theile getheilt werden. Es scheint uns aber, daß nach der klaren Anordnung des §. 777 nur auf jenen Antheil zu sehen sei, welchen der mindest bedachte kraft der Anordnung des Erblassers, und nicht auf jenen, den er als gesetzlicher Erbe erhält. Nach unserer Ansicht wären also dem C nur $^2/_6$ zuzuschreiben und der Nachlaß in 7 Theile zu theilen.

wären auferlegt worden. Sie sind im §. 778 taxative aufgeführt; wir können daher der Meinung Nippel's (Erläut. Bd. 5, S. 108) nicht beipflichten, wenn er auch das dort nicht genannte Vermächtniß des Unterhaltes hierher beziehen will; denn obwohl dieses Vermächtniß nach §. 691 allerdings eines Vorzuges vor allen andern Legaten genießt, so ist ihm dieser Vorzug doch nur für den Fall eingeräumt, daß nicht alle Legatare aus der Verlassenschaftsmasse befriedigt werden können, während der §. 778 von einer ganz verschiedenen Voraussetzung ausgeht, und in der That auch die Gründe, welche für die Aufrechthaltung der in dem gedachten §. angeführten Vermächtnisse sprechen, bei dem Legate des Unterhaltes nicht in gleichem Maße eintreten [1]). — Uebrigens findet in Hinsicht der im §. 778 ausgenommenen Vermächtnisse noch eine eigenthümliche Beschränkung statt; sie werden nämlich nur dann vollständig entrichtet, wenn sie zusammengenommen den vierten Theil der Verlassenschaft nicht übersteigen; wäre dieses der Fall, so hätte keines vor dem andern einen Vorzug, sondern es müßte von allen ein verhältnißmäßiger Abzug gemacht werden, so daß dem Uebergangenen jedenfalls drei Viertheile des Nachlasses gänzlich frei bleiben.

12. Die Verfügung des §. 778 scheint auch dann zur Anwendung zu kommen, wenn der Erblasser nicht seinen einzigen, sondern alle seine Notherben aus Irrthum mit Stillschweigen übergangen hat, weil auch hier kein bekannter Notherbe vorhanden ist, dem die Uebergangenen in Ansehung des ihnen zuzumessenden Erbtheiles gleichgestellt werden könnten. Auf gleiche Weise dürfte vorzugehen sein, wenn zur Zeit der Erklärung des letzten Willens außer dem Uebergangenen zwar ein dem Erblasser bekannter Abstämmling vorhanden, derselbe aber schon damals wegen unbefugter Auswanderung oder Desertion erbsunfähig gewesen wäre; denn ein solcher Notherbe ist als gar nicht vorhanden anzusehen (s. oben S. 334 d. W.), der Uebergangene erscheint daher in der That als der einzige. Hatte der Erblasser dagegen zur Zeit der Errichtung seines letzten Willens einen bekannten Notherben, dem keiner der oben angeführten Gründe der Erbsunfähigkeit entgegenstand, ist dieser aber später hinwegfallen, so daß der unwissentlich Uebergangene zur Zeit des Todes als der einzige Notherbe sich darstellt, so scheint nicht die Verfügung des §. 778, sondern vielmehr jene des §. 777 zur Anwendung zu kommen, denn in diesem Falle bietet ja die Anordnung des Erblassers, die er in Ansehung des ihm bekannten Kindes getroffen hat, einen hinreichenden Anhaltspunkt zur Entscheidung der Frage dar, wie er den ihm damals Unbekannten wahrscheinlich bedacht haben würde, wenn er sich in Rücksicht desselben nicht in dem vorausgesetzten Irrthume befunden hätte. Endlich scheint in dem Falle, wenn außer dem aus Irrthum Uebergangenen alle übrigen Descendenten enterbt, auf den Pflichttheil gesetzt oder gar in demselben verkürzt sind, der §. 778 ebenfalls eine analoge Anwendung erhalten zu müssen, da kein „begünstigter“ Notherbe vorhanden ist, welchem der Präterirte in Ansehung des ihm zuzumessenden Erbtheiles gleichgestellt werden könnte; doch würden hier die auf den Pflichttheil gesetzten Abstämmlinge nicht die ganze Intestatportion, sondern eben nur den Pflichttheil erhalten, da der Wille des Erblassers, sie auf diesen zu beschränken, klar vorliegt, und in Erfüllung gebracht werden muß [2]).

13. Erhält der Erblasser erst nach Errichtung seines letzten Willens einen Notherben, für welchen er in demselben keine Vorsehung getroffen, so tritt ein ganz ähnlicher Fall, wie bei der bisher erörterten Uebergehung aus Irrthum ein. Auch hier kömmt es nämlich nicht darauf an, den später erhaltenen Notherben gegen eine unnatürliche Härte des Testators in Schutz zu nehmen, sondern vielmehr ihm jenen Erbtheil zuzuwenden, mit dem er wahrscheinlich bedacht worden wäre, wenn er

[1]) S. Winiwarter, bürgl. Recht, Bd. 3, S. 357, und Unger, Erbrecht, S. 377, Anmerkg. 16.
[2]) S. Unger, Erbrecht, S. 374, Anmerkg. 8.

sich schon früher (zur Zeit der Errichtung des letzten Willens) in dem Verhältnisse eines pflichttheilsberechtigten Descendenten zu dem Erblasser befunden hätte. Deßhalb hat wohl auch unsere Gesetzgebung diesen Fall in gleicher Weise wie den Fall einer eigentlichen Uebergehung aus Irrthum behandelt[1]).

14. Man erhält einen Notherben durch Zeugung oder Geburt nach errichtetem letzten Willen, sowie durch Legitimation eines unehelichen Kindes und durch die Annahme an Kindesstatt; jedenfalls muß aber der Uebergangene noch vor dem Tode des Erblassers in das Verhältniß eines Notherben zu demselben getreten sein, da die Ansprüche auf den Nachlaß des Verstorbenen nur nach den zur Zeit seines Todes obwaltenden Umständen beurtheilt werden können[2]). Doch kömmt auch hier die Vorschrift des §. 22 zu berücksichtigen, vermöge welcher selbst ungeborne Kinder von dem Zeitpunkte ihrer Empfängniß an als geboren betrachtet werden müssen, wenn es sich um ihre Rechte handelt, so daß es genügt, wenn das nach dem Tode des Erblassers geborne Kind zur Zeit desselben schon empfangen war.

15. Bei der Frage, welchen Erbtheil ein solcher erst später erlangter Notherbe anzusprechen habe, muß (wie bei dem bisher erörterten Falle der Uebergehung aus Irrthum oder Unwissenheit) unterschieden werden, ob außer dem Uebergangenen zur Zeit der Errichtung des letzten Willens ein anderer Abstämmling vorhanden war, dessen Dasein dem Erblasser damals nicht unbekannt gewesen, oder ob ein kinderloser Erblasser erst nach Erklärung seines letzten Willens einen Notherben erhalten hat? Des letzten Falles erwähnt das Gesetz im §. 778 ausdrücklich; der erste Fall muß aber, wie uns scheint[3]), im Wege der Analogie entschieden werden. Demzufolge dürfte auf denselben der §. 777 anzuwenden sein, denn die Absicht des Gesetzgebers, dem nicht eingesetzten Kinde jenen Erbtheil zuzuweisen, welchen ihm der Erblasser wahrscheinlich selbst hinterlassen haben würde, tritt offenbar in gleichem Maße hervor, wenn das Kind zur Zeit der Errichtung des letzten Willens noch gar nicht vorhanden war, wie wenn der Erblasser über das Dasein desselben in einem Irrthume schwebte. Der später erlangte Notherbe kann also den Erbtheil ansprechen, welcher für den am mindesten begünstigten Notherben ausfällt, und wofern der einzige noch übrige Notherbe eingesetzt ist, oder alle übrigen zu gleichen Theilen berufen sind, einen gleichen Erbtheil mit diesen, wobei die oben unter Z. 4 gemachten Bemerkungen zu wiederholen kommen. Erhält

---

[1]) Wenigstens sind beide Fälle im §. 778 einander gleichgestellt; es wird sich aber weiter unten zeigen, daß auch §. 777 gleichmäßig auf beide anwendbar sei.

[2]) Ueberdieß verfügt ja auch das Hfkzld. vom 28. Juni 1837, Nr. 209 der J. G. S., daß die Annahme an Kindesstatt ungiltig und ohne gesetzliche Wirkung ist, wenn die Bestätigung des Adoptionsactes von der hierzu berufenen Behörde vor dem Tode des Wahlvaters oder der Wahlmutter nicht ertheilt worden war.

[3]) Dr. Herbst in seinem Aufsatze: „Die Wirkung der Erlangung von Notherben nach errichteter letztwilliger Anordnung" (Zeitschr. f. österr. Rechtgel. 1843, II., S. 160), wendet auf den vorliegenden Fall den §. 777 unmittelbar an, indem er auch diejenigen Notherben, welche zur Zeit der Testamentserrichtung als solche noch nicht vorhanden waren, als übergangen ansieht, wenn im Testamente für dieselben keine Vorsehung getroffen wurde. Ich habe schon oben bemerkt, daß mir unter der gedachten Voraussetzung kein eigentlicher Fall der Uebergehung vorhanden zu sein scheint; da ich jedoch im Wege der Analogie auch den §. 777 anwende, so gelange ich mit Herbst zu ganz gleichem Resultate. Anderseits hat der oberste Gerichtshof in einer unter Nr. 207 in Glaser's und Unger's Sammlg. mitgetheilten Entscheidung v. 8. Juli 1856, Z. 4182, die Analogie aus §. 778 angewendet; „denn wenngleich dieser §. von einem kinderlosen Erblasser spricht, so sei doch klar (?), daß die Kinderlosigkeit nicht eine wesentliche Bedingung der angeordneten Entkräftung des Testamentes sein sollte, sondern daß nur ein Thatumstand vom Gesetzgeber als wahrscheinlich vorausgesetzt und insbesondere erwähnt wurde. Wenn nun auch der Gesetzgeber den speciellen Fall, wo der Testator zwar Kinder hatte, aber für andere nachgeborne Kinder keine Vorsorge traf, nicht ausdrücklich geregelt hat, so müsse für denselben doch mit Rücksicht auf den gleichen Grund des Gesetzes dieselbe Entscheidung erfolgen. In beiden Fällen handle es sich nämlich um einen Vater, welcher keine Vorsorge für eine Nachkommenschaft getroffen hat, die erst nach Errichtung des Testamentes entstanden ist, welche er also nicht vor Augen haben konnte, und deren Schicksal er daher auch mit Rücksicht auf das vorhandene Vermögen bestimmen, bezüglich deren er sich nicht der väterlichen Liebe und Neigung hingeben, nicht ihre Verdienste oder Bedürfnisse berechnen konnte, mit einem Worte bezüglich derer es an jedem Anhaltspunkte bei Ausübung der ihm ertheilten Gewalt, noch über das Grab hinaus zu belohnen und zu bestrafen, fehlen mußte." — Wir glauben aber, daß es eben hier an einem solchen Anhaltspunkte nicht fehlt, daß vielmehr der Wille, den der Erblasser in Ansehung der ihm bekannten Notherben an den Tag gelegt hat, auch für die Betheilung der erst später geborenen maßgebend sei; und daß überhaupt zwischen dem Falle, wo ein kinderloser Testator Notherben erlangt, und einem, wo der Testator zur Zeit der Errichtung seines letzten Willens schon Kinder hatte, ein wesentlicher Unterschied obwalte, der die Analogie ausschließt. Derselben Meinung ist Unger, Erbrecht, S. 371, Anmerkg. 4.

dagegen ein kinderloser Erblasser erst nach Errichtung seines letzten Willens einen Notherben, für den er keine Vorsehung getroffen, so werden mit Ausnahme der oben (S. 389 d. W.) angeführten Vermächtnisse alle übrigen Anordnungen des letzten Willens entkräftet, und es tritt zu Gunsten des fraglichen Notherben die Intestaterbfolge ein.

16. Für den Fall der Erlangung eines Notherben nach errichtetem letzten Willen ergibt sich die weitere Frage, ob zur Anwendung der §§. 777 und 778 auf denselben nicht etwa erfordert werde, daß dem Erblasser die Erlangung dieses Notherben bis zu seinem Tode unbekannt geblieben sein müsse, so daß der nicht eingesetzte Notherbe, wenn sein Dasein dem Erblasser später bekannt geworden, nur nach §. 776 den Pflichttheil anzusprechen hätte? — Dr. Ellinger hat diese Frage zuerst einer weitläufigeren Erörterung [1]) unterzogen, und im bejahenden Sinne beantwortet. Er meint, aus der ganzen Lehre von der Uebergehung leuchte der Grundsatz hervor, daß Notherben, deren Dasein dem Erblasser bekannt war, für keinen Fall mehr als den Pflichttheil anzusprechen haben; weder der §. 776 noch der §. 777 unterscheide, ob das Kind, dessen Dasein dem Erblasser bekannt war, und welches in seinem letzten Willen mit Stillschweigen übergangen ist, vor oder nach Errichtung desselben geboren wurde, und der zweite Absatz des §. 778 gehe daher von der Voraussetzung aus, dem Erblasser sei der Umstand, daß er einen Notherben der absteigenden Linie erhalten habe, unbekannt gewesen, und bis zu seinem Tode unbekannt geblieben. Allein ich habe schon oben bemerkt, daß der Begriff der Uebergehung und die Eintheilung derselben in eine wissentliche und nicht wissentliche auf den Fall, daß der Erblasser erst nach Erklärung des letzten Willens einen Notherben erlangt, eigentlich gar nicht anwendbar sei, daß man bei dieser Eintheilung auf die zur Zeit der Errichtung des letzten Willens obwaltenden Umstände Rücksicht nehmen müsse, und erst später eingetretene Veränderungen hierbei nicht in's Auge fassen könne. Sowohl die §§. 776 und 777, als der erste Satz des §. 778 gehen von der Voraussetzung aus, der Uebergangene sei zur Zeit der letzten Willenserklärung bereits als Notherbe vorhanden gewesen, wobei dann weiter unterschieden werden muß, ob das Dasein desselben dem Erblasser damals bekannt war oder nicht. Diese Unterscheidung ist, wie natürlich, dem zweiten Satze des §. 778, der allein von einem erst später (nach Errichtung des letzten Willens) erlangten Notherben handelt, gänzlich fremd. — Dr. Ellinger beruft sich ferner auf die Natur des den §§. 777 und 778 zur Basis dienenden Grundes, welcher in dem vermutheten Willen des Erblassers zu suchen sei. Wenn nun letzterer nach Erklärung seines letzten Willens von dem Dasein eines darin nicht bedachten Notherben Kenntniß erhalten hat, und diese letztwillige Verfügung dennoch fortbestehen läßt, so lege er dadurch hinlänglich seine Gesinnung an den Tag, einem solchen Notherben nichts weiter als höchstens den Pflichttheil zuzuwenden. Hätte er ihn reichlicher bedenken wollen, so würde er sicherlich eine neuerliche Anordnung getroffen haben. Wenn er dieses nicht thut, so erhelle daraus offenbar, daß er seine frühere Willensmeinung bis zum letzten Augenblicke seines Lebens unverändert beibehalten habe, und daß daher nur der §. 776, nicht aber die §§. 777 und 778 anzuwenden seien. Wir müssen jedoch auch hier wieder auf die schon mehrmals gemachte Bemerkung zurückkommen, daß nach den Bestimmungen unseres a. b. G. B. auf den Zeitpunkt des errichteten letzten Willens gesehen werden müsse, wie aus den Verfügungen der §§. 576, 698 und 713 hervorgeht, welche deutlich entnehmen lassen, der Gesetzgeber habe die Nichtänderung eines letzten Willens nach dem Eintreten gewisser Umstände noch keineswegs als eine Bestätigung oder Erneuerung desselben angesehen. Ueberdem verfügt ja der §. 778 in seinem Schlußsatze, daß die

[1]) Einige Bemerkungen über die Anwendung der §§. 776 bis 782 des a. b. G. B. in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1840, I., S. 226.

außer Kraft getretenen Anordnungen des letzten Willens, wenn der Notherbe vor dem Erblasser gestorben ist, wieder ihre Kraft erlangen. Nach Ellinger's Ansicht könnte man aber vor erfolgtem Tode des Erblassers gar nicht sagen, ob seine letztwillige Anordnung entkräftet worden sei oder nicht, da ja nach dieser Meinung das Nichtwissen des Erblassers um das Dasein des (erst später erlangten) Notherben bis zu seinem Ableben fortgedauert haben muß, wenn von einer Entkräftung des letzten Willens die Rede sein soll. Der §. 778 nimmt aber eine solche Entkräftung als vor dem Tode des Erblassers eingetreten an, und spricht von einem Wiederaufleben vor Eintritt dieses Ereignisses; es muß also hierbei nothwendig auf einen früheren Zeitpunkt, nämlich auf den der Errichtung des letzten Willens zurückgegangen werden. — Wenn endlich Dr. Ellinger behauptet, daß es nach der von mir vertheidigten Ansicht einen indirecten Zwang gäbe, seinen Notherben der absteigenden Linie mehr als den Pflichttheil zu hinterlassen, so dürfte diese Behauptung einen Einwurf zu begründen nicht geeignet sein; denn man müßte dann eben so gut die gesammten Vorschriften über die gesetzliche Erbfolge als eine nicht zu rechtfertigende Härte verwerfen, weil auch sie den Erblasser indirect zwingen, eine letzwillige Anordnung zu errichten, wenn er nicht gesonnen ist, seinen Notherben mehr als den Pflichttheil zu hinterlassen[1]). Es scheint mir demnach ausgemacht zu sein, daß die §§. 777 und 778 auf einen erst nach Errichtung des letzten Willens erlangten Notherben auch dann anzuwenden seien, wenn dessen Dasein dem Erblasser später bekannt geworden ist, und daß vielmehr eine neue ausdrückliche Erklärung desselben (die ihm allerdings freisteht) gefordert werde, wenn er seinen durch die Erlangung des Notherben entkräfteten letzten Willen, ungeachtet er von diesem Notherben Kenntniß erhält, fortbestehen machen, oder den Notherben der Vorschrift des §. 777 entgegen auf den bloßen Pflichttheil beschränken will.

17. Da in den Fällen des §. 778 die letztwillige Anordnung (mit Ausnahme gewisser Vermächtnisse) ungiltig ist, die später erfolgte Aufhebung eines Hindernisses aber nach §. 567 den anfänglich ungiltigen letzten Willen nicht giltig machen kann, so müßte die gesetzliche Erbfolge auch dann eintreten, wenn der Uebergangene in der Folge wieder weggefallen wäre. Der Schlußsatz des §. 778 stellt aber dießfalls, nach dem Vorgange des römischen Rechtes, eine Ausnahme fest; weil nämlich die Entkräftung des letzten Willens bloß zu Gunsten des übergangenen Notherben verhängt wird, so ist es ganz consequent, daß derselbe wieder seine Kraft erlange, sobald jenes Hinderniß behoben ist. Dieser Fall tritt nicht nur dann ein, wenn der übergangene Notherbe vor dem Erblasser stirbt, sondern auch dann, wenn ersterer auf sein Erbrecht giltig Verzicht leistet oder zu erben unfähig wird, oder wenn in Ansehung eines Wahlkindes das rechtliche Verhältniß zwischen demselben und dem Wahlvater oder der Wahlmutter nach §. 185 des a. b. G. B. wieder aufgehoben wird. Nicht das gleiche wäre der Fall, wenn der Uebergangene sich einer der im §. 768 bezeichneten Enterbungsursachen schuldig gemacht hätte, denn diese äußern ihre Wirksamkeit nur bei einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Enterbung, von denen aber weder die eine noch die andere vorhanden ist, wie sich namentlich hinsichtlich der letzteren bei der Erläuterung des §. 782 zeigen wird[2]).

§. 779.

Wenn ein Kind vor dem Erblasser stirbt und Abstämmlinge hinterläßt; so treten diese mit Stillschweigen übergangenen Abstämmlinge in Ansehung des Erbrechtes an die Stelle des Kindes.

§. 780.

Die Abstämmlinge eines in dem letzten Willen ausdrücklich enterbten, aber vor dem Erblasser verstorbenen Kindes sind bloß befugt, den Pflichttheil zu verlangen.

[1]) S. meinen Aufsatz in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1840, II., S. 79, und Unger, Erbrecht, S. 373, Anmerkg. 7.
[2]) S. meinen Aufsatz in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1840, II., S. 99.

1. In den bisher erörterten §§. war von jenen Abstämmlingen die Rede, welche zur Zeit der Errichtung des letzten Willens, sei es als Kinder des ersten Grades, sei es als Descendenten eines schon früher verstorbenen Kindes auf einen Pflichttheil Anspruch hatten; die §§. 779 und 780 dagegen handeln von jenen entfernteren Abstämmlingen, deren Ascendenten zur Zeit der Errichtung der letztwilligen Anordnung zwar noch vorhanden waren, später aber (vor dem Erblasser) hinweggefallen sind. Ist ein solcher Abstämmling mit Stillschweigen übergangen, so läßt sich hieraus im allgemeinen noch nicht mit Gewißheit auf eine bestimmte Willensrichtung des Erblassers schließen; denn dieser hatte bei seiner Willenserklärung wohl nur die nächsten Abstämmlinge vor Augen, und mußte dem gewöhnlichen Laufe der Dinge nach voraussetzen, daß der auf diese entfallende Erb- oder Pflichttheil auch seinen entfernteren Descendenten zu guten kommen würde. Es ist daher nothwendig, die einzelnen, möglicher Weise hier vorkommenden Fälle zu unterscheiden; diese lassen sich aber in folgendem zusammenfassen; der nähere (vor dem Erblasser verstorbene) Abstämmling ist a) von dem Erblasser mit einem Erbtheile oder Vermächtnisse bedacht, oder b) ausdrücklich enterbt, oder c) ebenfalls mit Stillschweigen übergangen.

2. Im ersten Falle müßten, wenn das Gesetz keine besondere Anordnung getroffen hätte, die §§. 776—778 zur Anwendung gebracht werden; weil nunmehr für den entfernteren Descendenten das Recht und die Ordnung der gesetzlichen Erbfolge spricht (§. 763). Dieser würde also, wenn sein Dasein dem Erblasser bekannt war, nach §. 776 auf den Pflichttheil eingeschränkt sein, und keineswegs jenen Erbtheil ansprechen können, welcher dem näheren Abstämmlinge zugedacht war, zumal nach §. 536 ein vermeintlicher Erbe, welcher vor dem Erblasser verstorben ist, das noch nicht erlangte Erbrecht auch nicht auf seine Erben übertragen kann. Allein schon Kaiser Theodosius (und Valentinianus) ging in seiner berühmten Const. von der wohlgegründeten Betrachtung aus, daß der Erblasser den entfernteren Abstämmlingen auch als seinen unmittelbaren Erben wahrscheinlich das nämliche hinterlassen wollte, was sie sonst mittelbar bekommen haben würden, wenn ihn der eingesetzte nähere Abstämmling überlebt hätte; denn die Uebergehung ist hier nur eine Folge der nicht eingetroffenen Voraussetzung, daß der eingesetzte Erbe den Testator überleben und somit den ihm zugedachten Erbtheil erlangen werde. In diesem Sinne scheint denn auch §. 779 unseres a. b. G. B. zu verfügen, daß, wenn ein (im Testamente eingesetztes oder mit einem Vermächtnisse bedachtes) Kind vor dem Erblasser stirbt und Abstämmlinge hinterläßt, diese (wenn auch) mit Stillschweigen übergangenen Abstämmlinge in Ansehung des Erbrechtes an die Stelle des Kindes treten[1]), mithin das nämliche erhalten, was ihrem Ascendenten als Erbtheil oder Vermächtniß zugedacht war[2]); wobei sich jedoch von selbst versteht, daß, wenn sie durch eine solche Anordnung in ihrem Pflichttheile geschmälert wären, sie diesen nach §. 776 ansprechen können.

Uebereinstimmend mit dieser Ansicht hat der oberste Gerichtshof mit der im Judicatenbuche unter Nr. 44 erscheinenden Entscheidung v. 27. December 1861, Z. 8091, den Grundsatz ausgesprochen, daß, wenn ein von dem Erblasser in seinem letzten Willen bedachtes Kind vor dem Erblasser stirbt und Abstämmlinge hinterläßt, diese, obschon sie in dem letzten Willen nicht genannt sind, in Ansehung des Erbrechtes an die Stelle des Kindes treten.

---

[1]) Das preußische Landrecht, dessen Anordnung hier dem a. b. G. B. wahrscheinlich vorgeschwebt hat, textirt Thl. II., Tit. II., §. 443: „Ist ein . . . im Testamente eingesetztes Kind vor dem Erblasser verstorben, so treten dessen Abkömmlinge ganz an seine Stelle, wenn auch ihrer im Testamente nicht ausdrücklich gedacht wäre."

[2]) S. meinen Aufsatz in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1839, I., S. 226. — Winiwarter hat zuerst (bürgl. Recht, Bd. 3, S. 358) den §. 779 in diesem Sinne aufgefaßt. — Die gleiche Ansicht vertheidiget auch Kompaß bei Darstellung eines Rechtsfalles in dem Aufsatze: Welches Recht steht den Kindern, respektive Enkeln, bei der testamentarischen Erbfolge in die großelterliche Verlassenschaft zu, wenn ihre Eltern zwar mittelst eines rechtsgiltigen Testamentes als Erben eingesetzt, aber vor ihren Großeltern verstorben sind? (Jurist, Bd. 7, S. 327). — Vgl. die in Nr. 35 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1856 mitgetheilten Rechtsfälle und die dort angeführten Entscheidungen des obersten Gerichtshofes v. 22. October 1852, Z. 10481, und v. 9. Jänner 1853, Z. 13160; dann den von Gredler erzählten Rechtsfall im Jurist, Bd. 2, S. 62.

3. Ist ein Abstämmling in dem letzten Willen ausdrücklich enterbt worden, so haben die entfernteren Descendenten, wenn er den Erblasser überlebt hat, keinen Anspruch auf einen Pflichttheil, weil für sie weder das Recht noch die Ordnung der gesetzlichen Erbfolge spricht (§§. 732 und 763). Wenn der Enterbte aber vor dem Erblasser stirbt, so tritt für die entfernteren Abstämmlinge sohin allerdings das Recht und die Ordnung der Intestaterbfolge (§. 733) und demnach auch der Anspruch auf den Pflichttheil (§. 763) in Wirksamkeit. Dieser wird ihnen denn auch im §. 780 zuerkannt. Ein mehreres aber (etwa nach Maßgabe der §§. 777 oder 778) zu verlangen, konnten sie nicht berechtiget werden, weil ihnen der Erblasser ja eigentlich gar nichts zuwenden wollte, gegen den erklärten Willen des Erblassers aber dem Notherben überhaupt nirgends mehr als der Pflichttheil eingeräumt wird. Ungeachtet der allgemein lautenden Verfügung des §. 780 meint Nippel (Erläut. Bd. 5, S. 110) dieselbe dennoch auf den Fall der widerrechtlichen Enterbung einschränken zu müssen; da die entfernteren Abstämmlinge den Pflichttheil nicht aus eigenem, sondern nur aus dem Vorstellungsrechte ihrer Eltern anzusprechen haben, diesen aber, wenn sie rechtmäßig enterbt worden sind, gar kein Pflichttheil gebührt; da ferner die §§. 775—778 offenbar von solchen Notherben handeln, welche sich keiner Enterbungsursache schuldig gemacht haben, daher zu vermuthen ist, daß der Gesetzgeber, indem er von der Bestimmung der Rechte des Enterbten auf die Rechte der Nachkömmlinge übergeht, auch im §. 780 die Nachkömmlinge desjenigen Enterbten verstanden habe, dessen Rechte er früher bestimmte, nämlich des widerrechtlich Enterbten. Allein hiergegen muß zuvörderst bemerkt werden, daß die Hypothese eines in unserem Gesetzbuche begründeten Vorstellungsrechtes, wenigstens in der von Nippel behaupteten Ausdehnung, schon oben (S. 332 d. W.) zu widerlegen versucht wurde, und daß die Stellung der §§. wenig Anhaltspunkte für die gegentheilige Meinung gibt, zumal schon der §. 779 keineswegs von den Abstämmlingen eines widerrechtlich Enterbten, sondern vielmehr von denen eines eingesetzten oder mit einem Vermächtnisse bedachten Notherben spricht. Hierzu kömmt noch, daß auch der §. 541 den Grundsatz ausspricht, die Unwürdigkeit eines Erben gehe, wenn dieser vor dem Erblasser stirbt, nicht auf dessen Nachkommen über, und daß der Gesetzgeber dort, wo er zwischen der rechtmäßigen und widerrechtlichen Enterbung unterscheiden wollte, niemals unterlassen hat, ein bezeichnendes Epitheton beizufügen, wie aus der Textirung der §§. 767, 775, 768 (Marginalinschrift), 782 und 795 erhellet, während an andern Stellen, wo das Wort „enterben" ohne Beisatz gebraucht wird (wie z. B. im §. 772), zweifellos auch beide Arten der Enterbung, sowohl die rechtmäßige als die widerrechtliche, angenommen werden müssen. Dieß scheint daher auch im §. 780 der Fall zu sein[1]).

4. Sind sowohl die näheren als die entfernteren Abstämmlinge mit Stillschweigen übergangen, und ist der nähere Descendent vor dem Erblasser verstorben, so haben die entfernteren Nachkömmlinge, da für sie nunmehr das Recht und die Ordnung der gesetzlichen Erfolge spricht (§. 733), allerdings den Pflichttheil zu fordern, den ihnen sowohl der §. 763 als der §. 779 zuerkennt, wenn man letzteren §. nicht auf den oben Z. 2 angedeuteten Fall beschränken, sondern auf alle Fälle ausdehnen will, in denen der vor dem Erblasser verstorbene Descendent nicht ausdrücklich enterbt wurde[2]). Hierbei kömmt aber noch auf zwei streitige Punkte aufmerksam zu machen. Vorerst behauptet Nippel (Erläut. Bd. 5, S. 109), daß die Abstämmlinge eines von dem Erblasser mit Stillschweigen übergangenen und vor demselben verstorbenen Kindes dann keinen Pflichtheil anzusprechen haben, wenn das gedachte Kind sich einer Enterbungsursache schuldig ge-

[1]) S. meinen Aufsatz in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1839, I., S. 231; — dann Winiwarter (bürgl. Recht, Bd. 3, S. 362); — Fuchs (im Jurist, Bd. 6, S. 219) und Unger, Erbrecht, S. 372, Anmerkg. 6.
[2]) Dieser Ansicht ist Fuchs a. a. O.

macht, weil sich in diesem Falle die Uebergehung nach §. 782 als eine stillschweigende rechtliche Enterbung darstellt, unter dieser Voraussetzung aber der Uebergangene seines Pflichttheilsanspruches verlustig ist, folglich auch seine Abstämmlinge, die nach §. 779 in Ansehung des Erbrechtes an seine Stelle treten, einen solchen nicht geltend machen können. Uns scheint jedoch der §. 779 nicht wohl hierher bezogen werden zu können, denn er spricht von einem eintreten in das Erbrecht des verstorbenen Kindes, und müßte nach der gegentheiligen Ansicht vielmehr den Grundsatz enthalten, daß die entfernteren Abstämmlinge ebensowenig ein Erbrecht anzusprechen haben, als das früher verstorbene Kind. Auch würde bei dieser Auslegung der §. 780 theils überflüssig, theils irreleitend sein; überflüssig, weil schon aus §. 779 folgte, daß die Abstämmlinge eines widerrechtlich enterbten Kindes, so wie dieses selbst (nach §. 775) den Pflichttheil und nur den Pflichttheil zu fordern haben; irreleitend aber, weil er (s. oben Z. 3) auf die widerrechtliche Enterbung eingeschränkt werden müßte, da er doch ganz allgemein lautet, ohne zwischen der rechtmäßigen und widerrechtlichen Enterbung zu unterscheiden. Ueberdem widerstreitet obige Behauptung Nippel's wie seine früher angeführte hinsichtlich der Abstämmlinge eines ausdrücklich enterbten Kindes dem Principe des §. 541. Man könnte andererseits unserer Auslegung vielleicht die Frage entgegensetzen, warum der Gesetzgeber rücksichtlich der übergangenen Abstämmlinge eines ausdrücklich enterbten Kindes im §. 780 eine besondere Verfügung getroffen, oder warum er nicht wenigstens in dem gedachten §. das Wörtchen „ausdrücklich" weggelassen? Hierauf läßt sich erwidern, daß die Anordnung des Gesetzes hinsichtlich der Abstämmlinge eines ausdrücklich enterbten Kindes sich doch wesentlich von jener unterscheidet, welche bezüglich der Nachkommen eines stillschweigend Enterbten (eines mit Stillschweigen übergangenen Kindes) getroffen wurde. Es ist nämlich leicht denkbar, daß ungeachtet der errichteten letztwilligen Anordnung dennoch die Intestaterbfolge in den Nachlaß des Verstorbenen ganz oder doch zum Theile eintritt. In einem solchen Falle würden, wenn die Bestimmung des §. 780 nicht vorhanden wäre, die Abstämmlinge sowohl des ausdrücklich als des stillschweigend enterbten Kindes den ihnen nach dem Gesetze gebührenden Intestaterbtheil ansprechen können, ohne Unterschied, ob dieser den Pflichttheil übersteigt oder nicht. Rücksichtlich der entfernteren Abstämmlinge eines stillschweigend enterbten Kindes hat aber der Gesetzgeber unter allen Umständen (im §. 780) auf den Pflichttheil einzuschränken befunden, so daß sie auch bei eintretender Intestaterbfolge nicht den ganzen auf sie entfallenden Intestaterbtheil, sondern bloß den Pflichttheil ansprechen können, daher sich der mehrerwähnte §. 780 keineswegs als überflüssig und wirkungslos darstellt; dieß aber wohl deßhalb, weil die ausdrückliche Enterbung auf dem erklärten, die stillschweigende doch immer nur auf dem vermutheten Willen des Erblassers beruht, so daß es ganz folgerecht ist, wenn das Gesetz jener eine noch größere Wirksamkeit beilegt, als dieser, besonders wo es auf die an der Enterbungsursache schuldlosen Abstämmlinge ankömmt[1]).

5. Einen weiteren zweifelhaften Punkt bildet die Frage, welchen Anspruch die mit Stillschweigen übergangenen Abstämmlinge eines — nicht wissentlich — sondern aus Irrthum übergangenen und vor dem Erblasser verstorbenen Kindes zu stellen berechtiget seien? Zeiller (Comment. Bd. 2, S. 786) und andere meinen, daß auch hier unter allen Umständen der §. 779 anzuwenden sei, und daß daher die entfernteren Abstämmlinge sich nicht mit dem Pflichttheil begnügen müssen, sondern daß sie jenen Erbtheil ansprechen können, welchen ihr verstorbener Ascendent nach Maßgabe des §. 777 oder §. 778 zu fordern berechtigt gewesen wäre, wenn er den Erblasser überlebt hätte. Winiwarter dagegen[2]) ist der Ansicht, daß es wider-

---

[1]) Siehe meinen Aufsatz a. a. O. S. 234. Zum Theile anderer Meinung ist Unger, Erbrecht, S. 372, Anmerkg. 6.

[2]) Bürgl. Recht, Bd. 3, S, 359.

sprechend und den Worten und dem Grunde des Gesetzes entgegen wäre, wenn man den entfernteren Abstämmlingen darum, weil das Kind, von dem sie abstammen, sich im Falle des §. 777 oder §. 778 befand, mehr als den Pflichttheil zusprechen wollte; die Uebergangenen müßten vielmehr für sich beurtheilt, und nach dem Unterschiede, ob sie wissentlich oder aus Irrthum übergangen sind, behandelt werden. Diese Auslegung scheint auch uns mehr dem Geiste des Gesetzes zu entsprechen, und findet in den §§. 42 und 763 ihren Stützpunkt, vermöge welcher in der Lehre vom Pflichttheile also auch in den §§. 776—778 nicht bloß Kinder des ersten Grades, sondern auch die entfernteren Descendenten zu verstehen sind [1]).

§. 781.

Wird ein Notherbe der aufsteigenden Linie mit Stillschweigen übergangen; so kann er immer nur den Pflichttheil aus der Masse fordern.

1. Nach älterem österreichischen Rechte hatten die Verwandten der aufsteigenden Linie gar keinen Anspruch auf einen Pflichttheil (s. S. 365 d. W.). Unser a. b. G. B. hat ihnen nun zwar einen solchen zugewiesen, sie jedoch auf einen geringeren Antheil, als die Kinder beschränkt (§. 766). Es hat hierbei auch auf den Umstand keine Rücksicht genommen, ob das Dasein derselben dem Erblasser bekannt ist oder nicht; sie haben daher im Falle einer Uebergehung, diese mag wissentlich oder aus Irrthum geschehen sein, immer nur den Pflichttheil aus der Masse zu fordern; wofern sie sich nicht einer Enterbungsursache schuldig gemacht haben (s. §. 782).

2. Wäre einer der Ascendenten vor dem Erblasser verstorben, so treten dessen mit Stillschweigen übergangene Abstämmlinge in Ansehung des Pflichttheiles keineswegs an dessen Stelle, da sie als Seitenverwandte des Erblassers überhaupt nicht zu den Notherben gerechnet werden können (§. 762). Allerdings aber könnte der Fall eintreten, daß nunmehr die entfernteren Ascendenten hinsichtlich des Pflichttheilsanspruches an die Reihe gelangen, wenn nunmehr für sie das Recht und die Ordnung der gesetzlichen Erbfolge eintritt (§. 738 u. ff.).

3. Hat der Erblasser in seinem Testamente die Eltern des ersten Grades zu Erben eingesetzt oder mit einem Vermächtnisse bedacht, die Großeltern jedoch mit Stillschweigen übergangen, und sind erstere vor dem Erblasser gestorben, so können die entfernteren Ascendenten nur den Pflichttheil, nicht aber ein mehreres für sich in Anspruch nehmen; denn der §. 779 erleidet hier keine Anwendung, weil er nur von Kindern und entfernteren Abstämmlingen des Erblassers spricht. Aus gleichem Grunde können auch die Nachkommen der eingesetzten Eltern keineswegs in Ansehung des Erbrechtes an deren Stelle treten.

§. 782.

Wenn ein Erbe beweisen kann, daß ein mit Stillschweigen übergangener Notherbe sich einer der in den §§. 768—770 angeführten Enterbungsursachen schuldig gemacht hat; so wird die Uebergehung als eine stillschweigende rechtliche Enterbung angesehen.

1. Nach der klaren Anordnung des §. 771 ist es nicht nothwendig, daß die Enterbungsursache von dem Erblasser ausgedrückt werde; die Enterbung kann also nicht bloß ausdrücklich geschehen, sondern sie kann auch stillschweigend durch solche Handlungen erklärt werden, welche mit Ueberlegung aller Umstände keinen vernünftigen Grund, daran zu zweifeln, übrig lassen (§. 863). Als eine solche stillschweigende Willenserklärung betrachtet das Gesetz im §. 782 die Uebergehung eines Notherben, wenn demselben eine der in den §§. 768—770 angeführten

---

[1]) Auch Unger (Erbrecht, S. 372, Anmerkg. 5) ist der gleichen Ansicht. Der entferntere Descendent, der durch nachrücken Notherbe geworden ist, kann hier nicht aus der Person seines Parens die Erbansprüche der §§. 777 und 778 erheben, da der Erblasser, wenn er von seiner Existenz Kenntniß hatte, und ihn trotz der irrigen Annahme, daß der nähere Descendent verstorben sei, dennoch nicht bedacht hat, eben damit seinen Willen zu erkennen gegeben hat, daß er nicht mehr als den Pflichttheil haben soll.

Enterbungsursachen zur Last fällt; es nimmt in diesem Falle an, der Erblasser habe den Notherben bloß deßhalb mit Stillschweigen übergangen, weil er sich einer gesetzlichen Enterbungsursache schuldig gemacht.

2. Damit die Uebergehung als eine stillschweigende Enterbung angesehen werden könne, muß die Enterbungsursache vor Errichtung des letzten Willens eingetreten und dem Erblasser bekannt geworden sein, denn nur dann ist es möglich, daß sich in dem Stillschweigen des Erblassers der Wille desselben, den schuldigen Notherben wegen des ihm zur Last fallenden Enterbungsgrundes vom Erbrechte auszuschließen, abspiegle. Die Uebergehung ist also einer stillschweigenden Enterbung nicht gleichzustellen: a) wenn die Enterbungsursache (z. B. der Abfall vom Christenthume) erst nach Errichtung des letzten Willens eingetreten ist, mag sohin der Erblasser darum erfahren haben oder nicht; b) wenn sie zwar schon früher vorhanden, aber dem Erblasser unbekannt geblieben, oder ihm c) erst nach Erklärung seines letzten Willens bekannt geworden ist. Der Notherbe kann immerhin in einem solchen Falle seines Pflichttheilsanspruches nichtsdestoweniger verlustig werden, wenn sich nämlich die Enterbungsursache zugleich als ein Grund der Erbsunwürdigkeit darstellt (§. 767 in Verbindung mit §§. 540 und 542); er wird es aber nicht in Folge einer stillschweigenden Willenserklärung des Erblassers (§. 770), sondern in Folge der Verfügung des Gesetzes (§. 767); und es zeigt sich hierin zwischen den Enterbungsursachen der §§. 768 und 769 und jenen des §. 770 ein wesentlicher Unterschied [1]).

3. Ebenso wenig kann die Uebergehung als eine stillschweigende rechtliche Enterbung angesehen werden, wenn dem Erblasser das Dasein des übergangenen Notherben unbekannt war, wenn also einer der Fälle des §. 777 oder §. 778 eintritt [2]); denn in den meisten Fällen wird der Erblasser, der zur Zeit der Errichtung des letzten Willens von der Existenz des Uebergangenen keine Kenntniß hatte, auch von einer demselben zur Last fallenden Enterbungsursache nichts gewußt haben. Wollte man aber auch auf den seltenen Fall [3]) Rücksicht nehmen, daß der Notherbe sich zu einer Zeit, da seine Existenz dem Erblasser noch bekannt war, einer Enterbungsursache schuldig machte, daß später ein Irrthum über das Dasein desselben eintrat, und daß der Erblasser hierauf erst seinen letzten Willen errichtete, so ist es immer noch zweifelhaft, ob die Uebergehung des Notherben in dem Willen des Erblassers, ihm den Pflichttheil zu entziehen, oder in dem Irrthume über das Dasein desselben seinen Grund hat; eine stillschweigende Willenserklärung setzt aber nach §. 863 solche Handlungen voraus, welche keinem Zweifel Raum geben. Uebrigens kömmt auch hier die unter Z. 2 am Schlusse gemachte Bemerkung zu wiederholen.

4. Da der stillschweigenden Enterbung des §. 781 die Annahme einer bestimmten Willensrichtung des Testators zum Grunde liegt, welche den Gegenbeweis nicht ausschließt, so muß wohl zugegeben werden, daß ein solcher allerdings auch geführt werden könne, wiewohl dieß nur in den seltensten Fällen Platz greifen dürfte [4]).

---

[1]) S. meinen Aufsatz in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1839, I., S. 213.

[2]) S. Nippel, Erläut. Bd. 5, S. 114, und meinen Aufsatz in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1840, II., S. 101; dann Graßl, a. a. O. S. 16, und Unger, Erbrecht, S. 354, Anmerkg. 13. — Der entgegengesetzten Ansicht ist Zeiller in seinem Comment. Bd. 2, S. 799.

[3]) Eines solchen Falles erwähnt Scheiblein a. a. O. §. 30, wo ein Sohn seinen Vater im Nothstande hilflos gelassen hatte, später in den Militärstand getreten, und der Vater sohin, nachdem er die (falsche) Nachricht von dem Tode seines Kindes erhalten hatte, einen letzten Willen errichtete, in welchem er dasselbe mit Stillschweigen überging.

[4]) Ich habe in meinem o. a. Aufsatze (S. 217) eines solchen Falles erwähnt, wenn der Notherbe z. B. erproben könnte, daß ihn der Erblasser bloß darum übergangen habe, weil er von der irrigen Ansicht ausging, ein Notherbe erhalte nach unseren Gesetzen, ungeachtet er sich einer Enterbungsursache schuldig gemacht, dennoch seinen Pflichttheil, wofern er nur im Testamente nicht ausdrücklich enterbt worden. Da der Erblasser hier die ausdrückliche Enterbung unterließ, so geht hieraus unwiderleglich sein Wille hervor, dem schuldigen Notherben den Pflichttheil nicht zu entziehen; die Vermuthung des §. 782 scheint demnach allerdings durch einen Gegenbeweis entkräftet zu sein.

5. Die Wirkung der stillschweigenden Enterbung besteht, wie jene der ausdrücklichen, darin, daß der Uebergangene weder einen Pflichttheil, noch auch, wenn der Erblasser etwa nicht über den ganzen Nachlaß verfügt hätte, einen Intestaterbtheil ansprechen kann, da die Ausschließung vom Pflichttheile, wie schon oben bemerkt wurde, immer auch die Ausschließung vom gesetzlichen Erbtheile in sich begreift.

6. Die stillschweigende Enterbung kann gleich der ausdrücklichen durch den Willen des Erblassers wieder aufgehoben werden, sie entfällt aber nicht von selbst, durch das Wegfallen des Enterbungsgrundes nach Errichtung des letzten Willens (z. B. durch Rückkehr zum Christenthume), da das Gesetz einer solchen Wirkung nirgends erwähnt, vielmehr der §. 772 im allgemeinen, ohne zwischen der ausdrücklichen und stillschweigenden Enterbung zu unterscheiden, festsetzt, daß dieselbe nur durch einen ausdrücklichen, in der gesetzlichen Form erklärten Widerruf entkräftet werden könne. Hierüber verweisen wir auf das oben S. 380 d. W. gesagte, da eben dasjenige, was im Gesetze von der ausdrücklichen Enterbung angeordnet ist, auch auf die stillschweigende angewendet werden muß, wofern nicht im Gesetze selbst wieder eine abweichende Bestimmung vorliegt; denn die beiden Arten der Enterbung unterscheiden sich nicht ihrem Wesen nach, sondern nur durch die Form der Willensäußerung des Testators.

7. Auch was oben S. 381 d. W. von der Wirkung eines giltigen Widerrufes, und S. 379 von dem Erweise der Enterbungsursache bemerkt wurde, findet gleichmäßig bei der stillschweigenden Enterbung seine volle Anwendung.

§. 783.

Wer zur Entrichtung des Erb- oder Pflichttheiles beizutragen habe.

In allen Fällen, wo einem Notherben der gebührende Erb- oder Pflichttheil gar nicht, oder nicht vollständig ausgemessen worden ist, müssen sowohl die eingesetzten Erben, als auch die Legatare verhältnißmäßig zur vollständigen Entrichtung beitragen.

1. Es ist in den vorhergehenden §§. 775—782 bereits erörtert worden, welche Ansprüche dem Notherben zustehen, wenn ihm der gebührende Pflichttheil gar nicht, oder nicht vollständig hinterlassen wurde[1]); es frägt sich hierbei nur noch, woher dann der Pflichttheil oder die Ergänzung desselben zu nehmen sei, und insbesondere, ob in dem Falle, als auch Vermächtnißnehmer vorhanden sind, diese nur aushilfsweise, oder zugleich mit dem Erben beizutragen haben? Die erstere Ansicht wurde von Zeiller (Comment. Bd. 2, S. 800) aufgestellt, und von Czaba[2]) und Prockner[3]) umständlich vertheidigt, wogegen sich Nippel (Erläut. Bd. 5, S. 117), Winiwarter (bürgl. Recht, Bd. 3, S. 366) und Hoffbauer[4]) zur zweiten Ansicht bekennen. Letztere scheint auch uns die richtigere zu sein; denn die Worte „sowohl“ und „als auch“ drücken zwar allerdings nicht immer, aber denn doch gemeiniglich eine gleichzeitige Verbindung aus[5]); eben dafür spricht auch der Beisatz: „verhältnißmäßig“, der unrichtig wäre, wenn die Legatare nur subsidiarisch hafteten, d. h. erst dann in Anspruch genommen werden könnten, wenn die Erbtheile gänzlich erschöpft sind. Auch würde bei der gegentheiligen Auslegung der §. 783 als gänzlich überflüssig erscheinen, da er nach derselben nichts anderes aussagte, als was bereits in den §§. 690 und 692 ausgesprochen ist.

---

[1]) Daß der im §. 783 nicht ganz richtig gewählte Ausdruck: „ausgemessen worden ist“, nichts anderes bedeutet, als: „von dem Erblasser hinterlassen worden ist,“ hat Winiwarter (bürgl. Recht, Bd. 3, S. 365 und 366) umständlich dargethan.

[2]) M. A. Czaba: Abhandlung über die richtige Ausmessung und vollständige Entrichtung des Pflichttheiles. Wien 1830.

[3]) J. K. Prockner: Beitrag zur Lösung der Frage: Ist es wahr, daß die Legatare, wenn der Pflichttheil gar nicht oder nicht vollständig ausgemessen worden ist, zur vollständigen Entrichtung desselben mit den Erben concurriren müssen? (Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1837, II., S. 315.)

[4]) Die §§. 783 und 690 des a. b. G. B. (Jurist, Bd. 6, S. 416).

[5]) Vgl. die §§. 71, 74, 92, 105, 248, 346, 511, 736, 936, 1018, 1060, 1111, 1199, 1200, 1282, 1397 u. a. m.

Prockner meint zwar, der Erbe sei vorzüglich deßhalb verbunden, den Pflichttheil zu entrichten, weil er an die Stelle des Erblassers tritt; allein mit Recht erwidert Winiwarter hierauf (a. a. O.), daß die Verbindlichkeit, den Pflichttheil zu hinterlassen, nicht eine schon dem Erblasser bei seinen Lebzeiten obliegende Verpflichtung war, sondern erst nach dem Tode desselben als eine auf der Verlassenschaft haftende Schuldigkeit erscheint; inwiefern sie aber auf dem Nachlasse hafte, wird eben erst durch die Anordnung des §. 783 bestimmt, und kann nicht als eine schon ihrer Modalität nach vorhandene Verbindlichkeit vorausgesetzt werden. Wollte man die Verbindlichkeit, den Pflichttheil zu hinterlassen, daraus ableiten, daß der Erbe an die Stelle des Erblassers tritt, so ließe sich nicht erklären, wie die Legatare auch nur aushilfsweise zu dem Pflichttheile beizutragen verbunden sein sollten, da man von ihnen nie sagen kann, daß sie an die Stelle des Erblassers treten. Außerdem ist der Fall des §. 783 von jenem der §§. 690 und 692 wesentlich verschieden; bei diesen kömmt es darauf an, den giltig erklärten Willen des Erblassers in Erfüllung zu bringen, im Falle des §. 783 aber handelt es sich darum, dem Willen des Erblassers, insofern er sich (durch die Verkürzung des Notherben) als gesetzwidrig darstellt, entgegenzutreten; diese Gesetzwidrigkeit liegt sowohl in der Einsetzung eines Erben, als in der Anordnung von Vermächtnissen, und es ist deßhalb ganz folgerichtig, wenn beide zugleich eine verhältnißmäßige Beschränkung erleiden. Endlich ist auch noch die Textirung des Entwurfes unseres a. b. G. B. (§. 586 des II. Thls.) zu berücksichtigen, welche keinem Zweifel Raum gibt, daß die Haftung der Legatare nicht bloß subsidiarisch sei, indem es dort heißt: „Der Pflichttheil wird in diesem Falle aus der Masse entrichtet, und verhältnißmäßig von den Erbtheilen und Vermächtnissen abgezogen" [1]).

2. Auch im Falle des §. 777 entsteht die Frage, wer zur Entrichtung des daselbst dem Notherben zugesprochenen Erbtheiles beizutragen habe? Unmittelbar scheint diese Frage allerdings im §. 783 nicht gelöst zu sein, wiewohl derselbe einen dem Notherben gebührenden Erb- oder Pflichttheil unterscheidet, und der §. 777 die einzige Anordnung ist, welche dem Notherben einen von dem Pflichttheile verschiedenen Erbtheil zuweist; denn das Gesetz spricht von einem „auszumessenden" Erbtheile, dieser Ausdruck würde aber hier nicht als passend erscheinen, da der Gesetzgeber dem Erblasser keine Verpflichtung auferlegen konnte, einem Kinde, dessen Dasein ihm unbekannt war, einen Erbtheil auszumessen [2]). Man muß wohl zur Analogie seine Zuflucht nehmen, und Winiwarter (a. a. O. S. 353) glaubt dieselbe in der Anordnung des §. 558 zu finden. Uns scheint aber die Analogie aus §. 783 eine weit näher liegende zu sein, zumal sich auf die Einwendung des mehrgenannten Schriftstellers, daß sich das Recht des übergangenen Kindes im Falle des §. 777 nur auf den vermutheten Willen des Erblassers gründe, und daß man deßhalb den dort bestimmten Erbtheil nicht einen „gebührenden" nennen könne, erwidern läßt, daß der vermuthete Wille des Erblassers nur der Grund der gesetzlichen Anordnung (ratio legis) ist, daß aber der Anspruch des Uebergangenen sich doch lediglich auf die Vorschrift des §. 777 gründet, und ihm somit allerdings aus dem Gesetze gebührt, wofür auch die §§. 533 und 729 zu sprechen scheinen [3]).

[1]) Auch von Seite des obersten Gerichtshofes wurde in dem von Prockner a. a. O. dargestellten Rechtsfalle in obigem Sinne entschieden; ingleichen in einem in Nr. 34 der allg. österr. Ger. Ztg. v. 1856 dargestellten Rechtsfalle. In den Entscheidungsgründen des obersten Gerichtshofes (v. 28. Jänner 1851, Z. 3040) heißt es unter anderem . . . der §. 783 handelt insbesondere von dem Pflichttheile eines von dem Erblasser nicht berücksichtigten oder nicht gehörig bedachten Notherben. Der Gesetzgeber mußte hier jene Anordnung treffen, welche sich mit dem wahrscheinlichen Willen des Erblassers am meisten vereinbaren ließ. Die einzige annehmbare Vermuthung ist aber jene, daß der Erblasser für diesen Fall alle diejenigen, welche etwas von seinem Nachlasse erhalten, zur Befriedigung des von ihm übergangenen Notherben verhältnißmäßig beizutragen verpflichten wolle. So wie der Nachlaß, über den er verfügt und frei verfügen zu können geglaubt hat, durch einen von ihm nicht berücksichtigten Anspruch geschmälert wird, ist das natürlichste anzunehmen, daß er allen im Testamente bedachten Personen, sie mögen Erben oder Legatare sein, einen verhältnißmäßigen Abzug machen wolle, und dieß ist es eben, was der §. 783 verfügt. — Unserer Ansicht pflichtet auch Unger (Erbrecht S. 360 und 362, Anmerkung 4) bei.

[2]) S. Winiwarter, bürgl. Recht, Bd. 3, S. 365.

[3]) Vgl. auch Unger, Erbrecht, S. 376, Anmerkg. 14.

§. 784.

Art der Ausmessung und Berechnung des Pflichttheiles.

Um den Pflichttheil richtig ausmessen zu können, werden alle zur Verlassenschaft gehörige bewegliche und unbewegliche Sachen, alle Rechte und Forderungen, welche der Erblasser auf seine Nachfolger frei zu vererben befugt war, selbst alles, was ein Erbe oder Legatar in die Masse schuldig ist, genau beschrieben und ordentlich geschätzt. Den Notherben steht frei, der Schätzung beizuwohnen, und ihre Erinnerungen dabei zu machen. Auf eine Feilbietung der Verlassenschaftsstücke zur Erhebung des wahren Werthes kann von ihnen nicht gedrungen werden.

§. 785.

Schulden und andere Lasten, welche schon bei Lebzeiten des Erblassers auf dem Vermögen hafteten, werden von der Masse abgerechnet.

§. 786.

Der Pflichttheil wird ohne Rücksicht auf Vermächtnisse und andere aus dem letzten Willen entspringende Lasten berechnet. Bis zur wirklichen Zutheilung ist die Verlassenschaft, in Ansehung des Gewinnes und der Nachtheile, als ein zwischen den Haupt- und Notherben verhältnißmäßig gemeinschaftliches Gut zu betrachten.

1. Der Pflichttheil ist ein aliquoter Theil des Nachlasses; um denselben in jedem einzelnen Falle richtig auszumessen, muß zuvörderst der Nachlaß in's reine gebracht, und zu diesem Ende der Activ-, sowie der Passivstand desselben ermittelt werden, da die Verlassenschaft nach §. 531 in dem Inbegriffe sowohl der Rechte als der Verbindlichkeiten des Erblassers besteht. Als Mittel hierzu dient die Errichtung eines Inventars, welche der Notherbe nach §. 804 jederzeit verlangen kann, und worüber bei der Erläuterung des §. 802 das weitere vorkommen wird. Das Gesetz bestimmt sogar im §. 803, daß der Erblasser dem Erben (überhaupt, folglich auch dem Notherben) den Vorbehalt der rechtlichen Wohlthat des Inventars nicht benehmen, noch die Errichtung eines Inventars verbieten könne, denn der Notherbe darf, wie Nippel (Erläut. Bd. 5, S. 122) bemerkt, in keine psychologische Zwangslage versetzt werden, die ihm vom Gesetze zur Beurtheilung, ob er in seinem Pflichttheile verletzt sei oder nicht, dargebotenen Mittel hintanzuweisen.

2. Zum Activstand gehören sohin alle beweglichen und unbeweglichen Sachen, alle dinglichen und persönlichen Rechte, mögen die letzteren aus dem Gesetze oder aus einem Vertrage entspringen, insofern sie nicht in bloß persönlichen Verhältnissen gegründet sind; demnach auch die Forderungen, die der Erblasser an einen der eingesetzten Erben zu stellen hatte, wenn sie gleich nach §. 1445 erlöschen, sowie die Forderungen an die Legatare, obschon sie ihnen testamentarisch erlassen wären (§§. 786 und 1444); ferner auch eine dem Erblasser etwa angefallene Erbschaft [1]), und der Werth eines ihm zustehenden Autorrechts [2]). Dagegen sind die in den §§. 788 und 789 aufgeführten sog. Anrechnungsposten in den Activstand nicht einzubeziehen, weil sie nach besonderen, in diesen §§. festgestellten Grundsätzen zu behandeln kommen [3]). Weiters sind von dem Nachlasse auszuscheiden alle fremden Sachen und Rechte, die der Verstorbene inne hatte, ferner alle in bloß persönlichen Verhältnissen gegründeten Rechte, und solche, die nach der besonderen Anordnung des Gesetzes (z. B. §§. 478, 1284 u. dgl.) nicht übertragbar sind; der aus der Gütergemeinschaft dem überlebenden Ehegatten gebührende Antheil (§§. 1233—1236), endlich dasjenige Vermögen, welches, wie z. B. Lehen und Fideicommisse, nicht zu dem freivererblichen gehört.

3. In den Passivstand kommen einzubeziehen: a) alle Schulden des Erblassers, d. i. solche Verbindlichkeiten, welche er in Folge eines Vertrages oder

---

[1]) S. Unger, Erbrecht, S. 343, Anmerkung 3.

[2]) S. Harum, die österr. Preßgesetzgebung. Wien 1857, S. 124.

[3]) In diesem Sinne wurde auch der von J. P. in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1827, II., S. 218 dargestellte Rechtsfall von Seite des obersten Gerichtshofes entschieden.

auf Grundlage einer gesetzlichen Anordnung (wie z. B. der §§. 1228, 1229, 1237, 1239 u. dgl.) zu erfüllen, daher auch alle Entschädigungen, die er zu leisten hatte, und selbst die vom Gesetze verhängten Geldstrafen, zu denen er schon verurtheilt war (§. 548); weiters b) alle Lasten, die schon bei Lebzeiten des Erblassers auf seinem Vermögen hafteten, worunter im Gegensatze von „Schulden" wohl nur jene Entrichtungen verstanden werden können, welche dem Verstorbenen als Besitzer eines unbeweglichen Gutes oblagen (z. B. emphyteutische Zinse, Grundsteuern, Gemeindeabgaben, Ausgedinge[1]) u. dgl.); c) endlich scheinen auch die Begräbnißkosten (als auf der Erbschaft haftende Lasten nach §. 549) und die Kosten des Inventars (welche nach §. 802 aus der Masse bestritten werden müssen) zu den Passiven des Nachlasses zu gehören, wiewohl sie nicht schon bei Lebzeiten des Erblassers auf dessen Vermögen hafteten[2]). Dagegen dürfen die aus dem letzten Willen entspringenden Lasten, und darunter insbesondere auch die Vermächtnisse, Schenkungen auf den Todesfall, Witwengehalte (§. 1242), durch Erbverträge zugesicherte Beträge (§§. 1249 bis 1254) u. s. w. nicht berücksichtiget werden, weil sonst der Pflichttheilsanspruch des Notherben jederzeit vereitelt werden könnte (vgl. auch §. 774).

4. Außer der genauen Beschreibung des Nachlasses muß auch eine ordentliche Schätzung desselben (nach den weiter unten zu erörternden Vorschriften) vorgenommen werden, welcher der Notherbe beizuwohnen berechtiget ist, um seine allfälligen Erinnerungen zu machen. Der Notherbe braucht sich daher, schon auf Grundlage der Anordnungen des §. 774, mit einer etwa von dem Erblasser getroffenen willkürlichen Werthbestimmung nicht zu begnügen.

5. Anderseits ist ihm aber auch nicht gestattet, zur Erhebung des wahren Werthes der Verlassenschaftsstücke auf eine Feilbietung derselben zu dringen, weil dadurch die Rechte der eingesetzten Erben und Legatare gar zu sehr beschränkt würden, da es ihnen oft darum zu thun sein kann, die Verlassenschaftsstücke in natura zu erhalten.

6. Zwischen der Aufnahme des Inventars und der Einantwortung der Verlassenschaft (§. 819) kann oft noch eine geraume Zeit verfließen, während welcher sich Veränderungen in dem Zustande der Verlassenschaft ergeben können; und zwar Vermehrungen, z. B. durch Verlosung von Obligationen, günstige Entscheidung eines obschwebenden Processes, Entstehung eines natürlichen, künstlichen oder gemischten Zuwachses, Entfallen eines Gewinnstes auf ein im Nachlasse befindliches Los u. dgl.; — Verminderungen aber durch einen zufälligen Schaden, z. B. Feuersbrünste, Ueberschwemmungen u. dgl., welcher einzelne Verlassenschaftsstücke trifft. In dieser Beziehung verfügt nun der §. 786, daß der Nachlaß in Ansehung des Gewinnes und der Nachtheile bis zur wirklichen Zutheilung als ein zwischen dem Haupt- und Notherben verhältnißmäßig gemeinschaftliches Gut zu betrachten sei, und es müssen hier die Ausdrücke „Gewinn" und „Nachtheile", wie schon Winiwarter (bürgl. Recht, Bd. 3, S. 371) bemerkt hat, in der weiteren Bedeutung genommen werden, weil man sonst voraussetzen müßte, daß das Gesetz außerordentliche Fälle (z. B. eines Lotteriegewinnstes) berücksichtiget, die gewöhnlichen aber mit Stillschweigen übergangen habe. Demzufolge muß auch, wiewohl der Notherbe nicht auf eine Feilbietung der Verlassenschaftsstücke dringen kann, in dem Falle, als eine solche dennoch aus was immer für einem Anlasse vorgenommen, und dabei ein höherer Preis als der Schätzungswerth erzielt würde, nicht der letztere, sondern der durch den Verkauf erhaltene Mehrbetrag der Pflicht-

---

[1]) S. über die Berechnung des Werthes derselben, insbesondere Dr. Carl R. von Kißling in Nr. 28 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1859.

[2]) Umständlich hat diese Ansicht Czada a. a. O. S. 25—40 gegen die abweichende Meinung Nippel's und Zeiller's vertheidigt. — Vgl. ferner den Aufsatz von Dr. L. Schuster: Ueber die Anwendung der Schlußform a contrario auf die Auslegung des a. b. G. B. in Haimerl's Mag. Bd. 11, S. 258 (Nr. II).

theilsberechnung zu Grunde gelegt werden [1]). Der Notherbe ist übrigens nach dem Hfd. vom 27. März 1847, Nr. 1051 der J. G. S., berechtiget, über den ihm vom Tode des Erblassers an bis zur wirklichen Zutheilung des Pflichttheiles gebührenden verhältnißmäßigen Antheil an Gewinn und Verlust und an den Früchten der Erbschaft Rechnung zu fordern [2]). Ueberhaupt ist der Pflichttheil nach jenem Stande des Nachlasses zu berechnen, wie er sich zur Zeit der Einantwortung darstellt, was z. B. in Ansehung der Berechnung des Curses der Staats- und Industriepapiere u. dgl. von großem Einflusse sein kann [3]).

7. Was die Auslagen auf Erhaltung und Vermehrung des Nachlasses anbelangt, so ist die Frage, inwiefern der Notherbe zu denselben beizutragen habe, nach den Grundsätzen über die Verwaltung einer gemeinschaftlichen Sache (§. 839) zu beurtheilen, während die Frage, ob der Notherbe zur Entrichtung der Verlassenschaftsabgaben zu concurriren habe, bei §. 818 näher berührt werden soll.

8. Die vielbestrittene Frage [4]), ob der Pflichttheilnehmer seinen Antheil in natura aus den Gegenständen des Nachlasses fordern könne, wurde mit a. h. Entschließung vom 2. Jänner, Hfd. vom 31. Jänner 1844, Nr. 781 der J. G. S., dahin entschieden, daß er keinen Anspruch auf verhältnißmäßige Antheile an den einzelnen, zur Verlassenschaft gehörigen beweglichen und unbeweglichen Sachen, sondern nur auf den nach gerichtlicher Schätzung berechneten Werth seines Erbtheiles habe [5]).

Mit dem im Judicatenbuche unter Nr. 39 eingetragenen Beschlusse vom 30. April 1861, Z. 2693, hat der oberste Gerichtshof den Grundsatz festgestellt: Die in dem Hofdecrete v. 31. Jänner 1844, Nr. 781 J. G. S., enthaltene Anordnung findet auch dann Anwendung, wenn dem Notherben der Pflichttheil zwar nicht unter diesem Namen, aber mittelst eines denselben nicht übersteigenden Erbtheiles hinterlassen wurde, ohne daß der Erblasser ausdrücklich erklärt oder auf unzweideutige Weise seine Absicht zu erkennen gegeben hätte, daß dem Notherben ein Anspruch auf alle oder einzelne zur Verlassenschaft gehörige bewegliche oder unbewegliche Sachen zustehen solle. — Eine weitere grundsätzliche Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 17. September 1861, Z. 5209, im Judicatenbuche Nr. 41, sagt: Gegen den Anspruch des Notherben, auf Verabfolgung des ihm gebührenden Pflichttheiles in Geld nach dem gerichtlichen Schätzungswerthe der in die Verlassenschaft gehörigen Sachen, kann sich der Haupterbe nicht durch die Einwendung schützen, daß ihm die Wahl zustehe, den Pflichttheil in Geld oder in Zuweisung eines verhältnißmäßigen Antheiles an den Verlassenschaftsstücken zu berichtigen, und diese Zuweisung kann nicht gegen den Willen des Notherben stattfinden.

---

[1]) E. Mikolasch vertheidiget in seinem Aufsatze: Ist der Pflichttheil immer nach dem Schätzungswerthe der Verlassenschaftsstücke zu bemessen? (Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1838, II., S. 154,) die entgegengesetzte Ansicht, welche jedoch Dr. Drexler in seinen Bemerkungen zu dem eben angeführten Aufsatze (ebd. 1839, I., S. 122) damit bekämpft hat, daß er zeigt, der Ausdruck „Gewinn" bezeichne im §. 786 wie im §. 1192 alles, was nach Abzug der Kosten und erlittenen Nachtheile über den Hauptstamm zurückbleibt, also auch den Mehrbetrag, der aus der Veräußerung der Verlassenschaftsstücke über den Schätzungswerth derselben hereingebracht wird.

[2]) S. die Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 26. November 1852, Z. 8118, in Nr. 39 der allg. österr. Ger. Ztg. J. 1856.

[3]) Unger (Erbrecht, S. 362, Anmerkung 3) will nicht den Zeitpunkt der Einantwortung des Nachlasses, sondern den der Zutheilung oder wirklichen Entrichtung des Pflichttheils an den Notherben als den entscheidenden anerkennen; allein der Notherbe kann doch wohl nicht vor der Einantwortung die Zutheilung des Pflichttheils verlangen; mit der Einantwortung scheint uns aber das Recht hierauf sofort für ihn begründet, und es ist nicht abzusehen, warum durch etwa zufällig eintretende Verzögerungen der „wirklichen" Zutheilung der Pflichttheilsanspruch, der denn doch einmal ziffermäßig festgestellt werden muß, neuerdings alterirt werden sollte.

[4]) Vgl. Dr. Ellinger: Versuch einer Beantwortung der Frage: Haben Notherben ein Recht, die Zuweisung des Pflichttheiles in Natur zu begehren? (Zeitschr. für österr. Rechtsgel. 1843, II., S. 228). — Ist ein Notherbe auf den Pflichttheil eingesetzt, so hat er alle Rechte eines Miterben, und braucht sich nicht mit dem Geldwerthe seines Antheils abfinden zu lassen. Vgl. Dr. Zugschwerdt: Erörterung der Frage, ob ein auf den Pflichttheil beschränkter Notherbe berechtigt sei, seinen Pflichttheil in natura zu fordern, oder ob er sich mit dem Aequivalente desselben begnügen müsse? (Jurist. Bd. 10, S. 15) — und Unger, Erbrecht, S. 360, Anmerkg. 1.

[5]) S. den Rechtsfall in Nr. 137 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1859. Nach der in diesem Rechtsfalle getroffenen Entscheidung ist die Vorschrift dieses Gesetzes nicht anwendbar, wenn der Erblasser seinen Notherben durch Erbseinsetzung, sei es auch nur auf eine dem Pflichttheile gleiche Quote, zum testamentarischen Erben gemacht hat, um ihn solchergestalt, wie andere von ihm berufene Erben, an den Gegenständen des Nachlaßvermögens in natura Theil nehmen zu lassen. — S. auch die Entscheidungen v. 18. Juli 1851, Z. 5921; v. 8. November 1851, Z. 10087, und v. 8. Juli 1852, Z. 6704, in Nr. 39 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1856.

9. Ist der Nachlaß einmal eingeantwortet, so treffen die in den einzelnen Verlassenschaftsstücken sich ergebenden Veränderungen denjenigen, welchem diese Gegenstände zugetheilt worden sind. Sollte aber später ein zur Zeit der Einantwortung unbekannt gewesenes Vermögen zum Vorschein kommen, so müßte dieses neuerlich der Abhandlung unterzogen, und dem Notherben auch hiervon der ihm gebührende Pflichttheil zugemessen werden.

§. 787.

Anrechnung zum Pflichttheile.

Alles, was die Notherben durch Legate oder andere Verfügungen des Erblassers wirklich aus der Verlassenschaft erhalten, wird bei Bestimmung ihres Pflichttheiles in Rechnung gebracht.

1. Wie schon die Ueberschrift des vorliegenden Hauptstückes zeigt, wird in demselben nicht nur von dem Pflichttheile, sondern auch von der Anrechnung in den Pflicht- oder Erbtheil gehandelt. Unter Anrechnung im allgemeinen versteht man die Verminderung einer Leistung, welche jemand zu beanspruchen hat, durch einen Betrag, welcher ihm bereits geleistet wurde, oder welchen er eben auf Abschlag der ihm gebührenden Leistung erhält; sie besteht also darin, daß das „Anzurechnende" von derjenigen Summe in Abzug gebracht wird, bei welcher die Anrechnung erfolgen soll. Dieser Begriff ist denn auch auf die Anrechnung in den Pflicht- oder Erbtheil anzuwenden. Bei Vermächtnissen findet eine Anrechnung in der Regel nicht statt, denn das Vermächtniß besteht in einer bestimmten Sache (Summe oder Recht), welche dem Vermächtnißnehmer nach dem Willen des Erblassers ungeschmälert zu Theil werden muß, so lange die Kräfte des Nachlasses dazu ausreichen (§§. 690 bis 692); es müßte sie also der Testator ausdrücklich angeordnet haben, wenn sie Platz greifen sollte.

2. Anders verhält sich die Sache bei dem Pflichttheile. Dieser gebührt dem Notherben gegen den erklärten Willen des Erblassers; es ist aber hierbei nach §. 774 gleichgiltig, unter welcher Gestalt, ob unter der eines Erbtheiles oder Vermächtnisses, mit oder ohne ausdrücklicher Benennung des Pflichttheiles, derselbe hinterlassen wurde, wofern nur der Notherbe den ihm gebührenden Antheil frei und unbelastet erhält; und ein in dem reinen Betrage des Pflichttheiles verkürzter Notherbe kann nach §. 775 nur dessen Ergänzung fordern. Es ist daher ganz folgerichtig, daß den Notherben dasjenige, was sie durch Legate oder andere Verfügungen des Erblassers wirklich aus der Verlassenschaft erhalten, in ihren Pflichttheil eingerechnet werde. Als eine solche Verfügung kann nicht nur eine Erbseinsetzung, sondern auch eine Substitution angesehen werden, wenn nur in Folge derselben der Notherbe sogleich bei der Zutheilung derselben den ihm zugedachten Antheil ohne einschränkende Bedingung oder Belastung erhält, was z. B. dadurch geschehen kann, daß der unmittelbar eingesetzte Erbe schon vor dem Erblasser gestorben ist[1]).

3. Die Frage, ob Vermächtnisse, die von den Eltern den auf den Pflichttheil zu Erben eingesetzten Kindern nebenbei hinterlassen werden, in den Pflichttheil einzurechnen seien oder nicht, wird beim §. 790 erörtert werden.

4. Die Art, wie die Anrechnung der im §. 787 angedeuteten Beträge zu geschehen hat, ist im Gesetze nicht ausdrücklich bestimmt, sie ergibt sich aber aus dem Begriffe der Anrechnung, und besteht darin, daß der Pflichttheil ohne Rücksicht auf diese Posten — wie denn überhaupt nach §. 786 ohne Rücksicht auf Vermächtnisse und andere aus dem letzten Willen entspringenden Lasten — berechnet, und von dem ausgemittelten Betrage dasjenige in Abzug gebracht wird, was der Notherbe unter einem sonstigen Titel aus der Verlassenschaft wirklich zugetheilt erhält.

---

[1]) S. Winiwarter, bürgl. Recht, Bd. 3, S. 375 gegen Nippel, Erläuterung, Bd. 5, S. 127.

Hierbei ergibt sich aber wieder eine nicht unbedeutende Schwierigkeit, wenn dem Notherben ein Fruchtgenuß oder ein anderer jährlicher Bezug, z. B. eine Leibrente, ein Unterhaltsbetrag u. dgl. zugewendet wurde, weil Größen heterogenen Inhaltes eben nicht in Rechnung gebracht werden können. Dr. Arnold Pann [1]) schlägt deßhalb vor, im Wege einer Schätzung den Werth des hinterlassenen Fruchtgenusses oder sonstigen Bezuges zu ermitteln, und ihn von dem Pflichttheile in Abzug zu bringen; dieser Werth stellt sich in dem Betrage dar, welcher nothwendig wäre, um eine solche Rente, wie sie dem Notherben zugewendet wurde, für die Lebensdauer desselben (etwa bei einer Lebensversicherungs-Anstalt) zu sichern. Für die Schätzung schlägt der Verfasser Sachverständige aus dem Stande der Beamten der Versicherungs-Anstalten und Advokaten vor. Die Berechnung hat nach dem Alter und der wahrscheinlichen Lebensdauer des Bezugsberechtigten zu geschehen. Wir verweisen dießfalls auf S. 354 d. W., wobei nur zu bemerken kömmt, daß nach §. 774 dem Notherben der Pflichttheil allerdings ganz frei bleiben muß, und daß jede denselben einschränkende Belastung ungiltig ist.

§. 788.

Was der Erblasser bei Lebzeiten seiner Tochter oder Enkelin zum Heirathsgute seinem Sohne oder Enkel zur Ausstattung, oder unmittelbar zum Antritte eines Amtes, oder was immer für eines Gewerbes gegeben; oder zur Bezahlung der Schulden eines großjährigen Kindes verwendet hat, wird in den Pflichttheil eingerechnet.

§. 789.

Bei dem Pflichttheile der Eltern findet die Anrechnung eines Vorschusses in sofern Statt, als er weder zur gesetzlichen Unterstützung (§. 154), noch aus bloßer Freigebigkeit geleistet worden ist.

1. Nicht nur dasjenige, was die Notherben durch Legate oder andere Verfügungen des Erblassers wirklich aus dem Nachlasse erhalten, bildet einen Gegenstand der Anrechnung in den Pflichttheil, sondern auch gewisse anderweitige Gaben, welche der Erblasser ihnen bei Lebzeiten zugewendet hat. Das Gesetz ist hierbei, wie uns scheint, von einer doppelten Betrachtung ausgegangen. Der Pflichttheil ist nämlich derjenige Antheil an dem Vermögen des Erblassers, welchen dieser gewissen, durch die Bande der Familie auf das innigste mit ihm verknüpften Personen zuzuwenden verpflichtet ist; er enthält eine Beschränkung seines freien Verfügungsrechtes, welches sonst die Grundlage unseres Erbrechtes bildet. Hat nun der Erblasser dieser Verpflichtung bereits bei Lebzeiten durch gewisse Vergabungen Genüge geleistet, von denen anzunehmen ist, daß er sie nur in dieser Absicht vorgenommen hat, so muß sich in eben diesem Maße der Pflichttheilsanspruch des (schon ganz oder zum Theile befriedigten) Notherben verringern, und das Verfügungsrecht des Erblassers über seinen Nachlaß erweitern. Dieß geschieht durch die Anrechnung der später umständlich zu erörternden Gaben. Bei der Anordnung derselben hat aber noch ein zweiter Gesichtspunkt obgewaltet. Das Gesetz geht nämlich von der Voraussetzung aus, daß der Erblasser allen seinen Angehörigen, die auf der gleichen Stufe der Familienverbindung zu ihm stehen, auch mit gleicher Liebe zugethan sei; es ist demnach nicht zu vermuthen, daß er einen seiner Angehörigen vor den übrigen durch die in Frage stehenden Gaben bevorzugen wollte, und es handelt sich deßhalb auch darum, vermittelst der Anrechnung wieder möglichste Gleichheit unter den Notherben herzustellen. Diese beiden Gesichtspunkte müssen unserer Ansicht nach bei der Lehre von der Anrechnung zum Pflichttheile stets vor Augen gehalten werden, um bei den vielfachen Verwicklungen, die sich in dieser Materie ergeben, als Leitfaden zu dienen.

---

[1]) In seinem Aufsatze in Nr. 59 und 60 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1859.

2. Dem gesagten zufolge setzt die Anrechnung zum Pflichttheile nicht gerade die Concurrenz mehrerer Notherben voraus; sondern sie hat auch dann einzutreten, wenn nur ein einziger Notherbe vorhanden ist, weil doch noch immer der erstangeführte Zweck derselben erreicht werden kann, das freie Verfügungsrecht des Erblassers mit dem dasselbe beschränkenden Pflichttheilsanspruche der Notherben in gehörigen Einklang zu bringen. Allerdings wird aber erfordert, daß die anzurechnende Gabe von derselben Person herrühre, in deren Erbtheil die Einrechnung erfolgen soll, so daß z. B. daß Heiratsgut, welches eine Tochter von ihrem Vater erhalten hat, nicht in den mütterlichen Erbtheil eingerechnet werden könnte. Im Zweifel, von welchem Elterntheile eine solche Gabe herrührt, dürfte die Vermuthung dafür streiten, daß sie aus dem Vermögen des Vaters oder der väterlichen Großeltern verabreicht wurde, weil die Verpflichtung der Mutter oder der mütterlichen Großeltern zur Leistung derselben erst in Ermanglung oder bei eintretendem Unvermögen des Vaters oder der väterlichen Ascendenten Platz greift, wie aus den §§. 141, 143, 1220, 1231 hervorzugehen scheint [1]).

3. Uebergehend auf die einzelnen, zur Anrechnung geeigneten Posten, so erscheint hierunter, inwiefern es sich um den Pflichttheil der Kinder handelt, zuvörderst

a) das Heiratsgut, d. i. dasjenige Vermögen, welches dem Manne zur Erleichterung des mit der ehelichen Gesellschaft verbundenen Aufwandes von der Ehegattin, oder für sie von einem dritten übergeben wird (§. 1218), und zu dessen Leistung die Eltern unter den in den §§. 1219—1223 enthaltenen Voraussetzungen und in der dort festgesetzten Reihenfolge verpflichtet sind;

b) die Ausstattung, d. i. alles dasjenige, was die Eltern ihren Söhnen oder Enkeln aus Anlaß ihrer Verehelichung [2]) zur Erleichterung des Aufwandes, der bei dem Eintritte in den ehelichen Stand sich als nöthig darstellt, gegeben wird (§. 1231).

c) Weiters gehört hierher alles, was einem Sohne oder Enkel (wohl auch einer Tochter oder Enkelin [3]) unmittelbar zum Antritte eines Amtes oder Gewerbes „verabreicht wurde". Der Ausdruck Amt dürfte hier jenen Stand bedeuten, in welchem man mit der Führung gewisser Geschäfte beauftragt erscheint, und wodurch man zugleich auch eine Art von Selbständigkeit im bürgerlichen Leben erlangt. Verschieden hiervon ist ein bloßer Titel, eine bloße Würde, mit welcher keine Geschäftsführung verbunden ist. Unter Gewerbe muß man wohl, da der vom Gesetze gewählte Beisatz („was immer für ein") auf die weiteste Bedeutung dieses Wortes hinweist, — jede Beschäftigung außer einem Amte verstehen, durch welche man sich auf selbständige Weise seinen Lebensunterhalt zu verschaffen im Stande ist, also nicht nur ein Gewerbe im engeren Sinne, sondern auch der Betrieb einer Landwirthschaft u. dgl. Hierbei kommen aber nur jene Auslagen in Betrachtung, welche unmittelbar zum Antritte eines Amtes oder Gewerbes dienen, wodurch also dieser zunächst ermöglicht wird, z. B. die Auslagen zur Erlangung des Doctorgrades, inwiefern dieser eine selbständige Beschäftigung im Leben gewährt, die bei dem Antritte eines Amtes zu entrichtenden Taxen oder der erforderliche Cautionserlag, der Ankauf eines radicirten Gewerbes, die Anschaffung der erforderlichen Geräthschaften u. dgl. Dagegen dürften die Kosten der Erziehung, durch welche

---

[1]) Die Frage, wie die Anrechnung zu erfolgen habe, wenn zwischen den Eltern eine allgemeine oder besondere Gütergemeinschaft bestanden hat, wird sehr umständlich erörtert von Dr. F. K. Prockner im Jurist, Bd. 11, S. 81.

[2]) Die Richtigkeit dieses Beisatzes erhellet daraus, daß der §. 1231 nur den Eltern „des Bräutigams" die Verpflichtung auferlegt, ihm eine ihrem Vermögen angemessene Ausstattung zu geben. Würde also eine solche bei einer andern Gelegenheit verabreicht, so könnte diese Gabe nicht als eine „Ausstattung" im Sinne des Gesetzes angesehen werden, und sie würde daher auch nicht der Einrechnung unterliegen.

[3]) S. Unger, Erbrecht, S. 207, Anmerkg. 7. — Was zur Fortsetzung eines Gewerbes gegeben wurde, dürfte wohl eben so anzurechnen sein wie das zum Antritte desselben gegebene.

jemand zu einem gewissen Stande oder Gewerbe vorbereitet wird, da sie nicht unmittelbar zum Antritte desselben führen, keineswegs der Anrechnung unterliegen. Dr. Prockner in seinem höchst schätzbaren Aufsatze: Bemerkungen über die Anrechnung der zu den im §. 788 des a. b. G. B. erwähnten Zwecken erhaltenen Gaben bei der testamentarischen oder gesetzlichen Erbfolge der Kinder in das Vermögen ihrer Eltern (Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1825, II., S. 257), vertheidiget die Ansicht, daß die bisher angeführten Gaben nur dann und insoweit anzurechnen seien, als sie von den Eltern als Pflichtgaben geleistet wurden, während sie im entgegengesetzten Falle (z. B. wenn die Tochter, welcher ein Heiratsgut von ihrem Vater verabreicht wurde, hinlängliches eigenes Vermögen besaß, oder wenn das verabreichte Heiratsgut denjenigen Betrag überstieg, welcher dem Stande und Vermögen der Eltern angemessen war) als Schenkungen angesehen werden müssen, und als solche nach §. 791 der Anrechnung nicht unterworfen sind. Allein der Verfasser bemerkt selbst (a. a. O. S. 295), daß sich über die Größe des Heiratsgutes (und ebensowohl auch der Ausstattung u. s. w.), wann man nämlich sagen könne, daß dasselbe angemessen sei oder nicht, in vielen Fällen sehr schwer genaue Bestimmungen zur vollen rechtlichen Zufriedenheit werden angeben lassen, daß demnach auch der Beweis, das Heiratsgut sei übermäßig, den Stand der Eltern und (auch) des Bräutigams übersteigend bestellt worden, in vielen Fällen gewiß schwierig, wo nicht unmöglich zu führen, also auch schwer zu bestimmen sei, wann ein Uebertheil des Heiratsgutes als eine Pflichtgabe, wann als Schenkung zu behandeln komme. Wir glauben, daß die gleiche Schwierigkeit wenigstens sehr häufig auch dann eintreten dürfte, wenn es sich darum handelt, zu bestimmen, ob ein Elterntheil überhaupt verpflichtet war, eine der bisher angeführten Gaben zu verabreichen. Gerade diese Schwierigkeit scheint den Gesetzgeber bewogen zu haben, die Anrechnung derselben im allgemeinen anzuordnen, ohne Unterschied (wie denn ein solcher im §. 788 auch nicht im entferntesten nachgewiesen werden kann), ob der Leistende zu ihrer Abreichung verpflichtet war oder nicht. Auch ist der Grund der Anrechnung nicht eben die Pflichtmäßigkeit der geschehenen Leistung, wie aus dem Umstande erhellet, daß das Gesetz auch die zur Bezahlung der Schulden eines großjährigen Kindes verwendeten Summen (wovon unter d die Rede sein wird) der Anrechnung unterwirft; wir meinen diesen Grund vielmehr darin zu finden, daß sich in einer solchen Verabreichung noch keineswegs die Absicht des Gebers darstellt, den damit betheilten Notherben vor andern zu begünstigen, sondern daß sich vielmehr annehmen läßt, der Verstorbene würde auch für jedes andere Kind das gleiche gethan haben, wenn es sich in derselben Lage (der Verehelichung, oder des Antrittes eines Amtes oder Gewerbes) befunden hätte. Endlich bestimmt ja der §. 791 ausdrücklich: Dasjenige, was außer den (im §. 788) erwähnten Fällen einem Kinde zugewendet wurde, sei für eine Schenkung zu halten, und nicht anzurechnen, es schließt also die Gaben des §. 788 von dem Begriffe der (eigentlichen) Schenkung aus.

d) Der Anrechnung in den Pflichttheil der Kinder unterliegt ferner, was der Erblasser zur Bezahlung der Schulden eines großjährigen Kindes verwendet hat, wobei unter dem Ausdrucke „Schulden" nach der Analogie der §§. 230, 663 bis 668, 785, 813, 928, 1415 und 1416 jene Geldleistungen zu verstehen sein dürften, welche aus was immer für einem Titel (nicht bloß aus dem eines Darlehens) angesprochen werden können. War die Schuld von einem Minderjährigen contrahirt worden, so bestehet sie in der Regel nicht zu Recht (§§. 152 und 244), sie ist also im juristischen Sinne eigentlich nicht als eine Schuld anzusehen, und mithin zur Einrechnung nicht geeignet. Wurde dagegen die Schuld eines großjährigen Kindes bezahlt, so ist eben auch wieder anzunehmen, daß der Erblasser dieses Kind nicht vor den andern bevorzugen, daß er ihm mit dem ausgelegten Betrage keine Schenkung machen, sondern vielleicht nur den Ruf der Familie retten

und dem Notherben seine Selbständigkeit erhalten wollte, daher sie mit Recht von dem Pflichttheile desselben in Abzug zu bringen sind.

e) Keinem gegründeten Zweifel scheint es zu unterliegen, daß auch andere als die hier benannten Gaben in Anrechnung gebracht werden müssen, wenn sie von den Eltern ausdrücklich nur unter diesem Vorbehalte geleistet wurden[1]; wäre dagegen der Vorbehalt nicht der Einrechnung, sondern der Erstattung gemacht worden, so kommen sie als wahre Schulden anzusehen, und mithin nach §. 784 zu behandeln.

f) Geschenke, die der Erblasser seinen Notherben gemacht hat, unterliegen nach §. 791 keiner Anrechnung, wohl aber der Anfechtung nach §. 951, die das Gesetz anordnet, ohne zu unterscheiden, ob das Geschenk einem Notherben oder einer andern Person zugewendet wurde.

g) Bei den Eltern kommen jene Leistungen in Anrechnung, welche mit Rücksicht auf den ihnen gebührenden Pflichttheil vorgeschossen wurden, von denen sich also mit Grund voraussetzen läßt, daß sie in gleichem Maße auch für den andern Elterntheil gemacht worden wären, wenn er sich in einer ähnlichen Lage befunden hätte, so daß es billig erscheint, durch die Anrechnung entweder eine Ausgleichung zwischen den einzelnen Elterntheilen zu bewerkstelligen, oder das Verfügungsrecht des Erblassers zu erweitern[2]). Dagegen ist dasjenige nicht anzurechnen, was den Eltern, wenn sie in Dürftigkeit verfallen sind, zur gesetzlichen Unterstützung verabreicht wurde (§. 154), wie auch die Erziehungs- und Unterhaltskosten der Kinder nicht in Anrechnung kommen, und ebenso wenig dasjenige, was aus bloßer Freigebigkeit geleistet wurde, mithin als ein Geschenk angesehen werden muß (vgl. auch §. 791). Sollte sich ein Zweifel darüber ergeben, ob bei einer Gabe der animus donandi obgewaltet habe oder nicht, so wäre wohl auf die begleitenden Umstände zu sehen, und darnach die Entscheidung zu treffen.

4. Die Enkel müssen sich nicht nur dasjenige anrechnen lassen, was sie selbst von ihren Großeltern zu einem der im §. 788 angegebenen Zwecke erhalten haben, sondern auch dasjenige, was ihren Eltern auf solche Art zugewendet wurde. Dieß folgt nicht nur aus der Analogie mit der ausdrücklichen Anordnung des §. 790, sondern auch aus der Betrachtung, daß die entfernteren Descendenten immer nur jenen Antheil erhalten sollen, welchen ihre Eltern erlangt haben würden, wenn sie am Leben geblieben wären, und daß diese eben nur einen, um die empfangenen Gaben des §. 788 verringerten Erbtheil erhalten hätten[3]); wobei es keinen Unterschied macht, ob die Enkel auch ihre Eltern beerbt haben oder nicht.

5. Eine der streitigsten Materien in dem ganzen Umfange unseres bürgerlichen Rechtes ist die Art der Anrechnung in den Pflichttheil, insofern es sich um die in den §§. 788 und 789 aufgeführten Vorausempfänge handelt. Wir könnten leicht ein mäßiges Bändchen damit füllen, wenn wir alle vorgeschlagenen Anrechnungsmethoden umständlich auseinandersetzen, und die für jede einzelne derselben vorgebrachten Gründe, sowie die dagegen erhobenen Einwendungen anführen und prüfen wollten[4]); allein dieß würde offenbar zu weit führen, und wir glauben daher den Bedürfnissen unserer Leser am besten zu entsprechen, wenn wir jene Anrechnungsart ausführlicher entwickeln, welche den gesetzlichen Anordnungen am meisten zu entsprechen scheint, die übrigen aber nur in Kürze anmerkungsweise berühren. Die in unserem a. b. G. B. enthaltenen Bestimmungen über den Pflichttheil sind zum größten Theile dem römischen Rechte entnommen, und auch die Lehre von der Anrechnung wurzelt offenbar in demselben; es ist also wohl anzunehmen, daß dem a. h.

---

[1]) S. Prockner, a. a. O. S. 300.
[2]) S. Winiwarter, bürgl. Recht, Bd. 3, S. 393.
[3]) S. Prockner, a. a. O. S. 317.
[4]) Vgl. das treffliche Werkchen von Hofrath Härdtl: Ueber die verschiedenen Arten der Anrechnung zum Pflichttheile nach dem k. k. österr. a. b. G. B. Wien, 1838, 124 Seiten enthaltend.

Gesetzgeber auch in Bezug auf die Art der vorzunehmenden Anrechnung die römischrechtlichen Principien vorgeschwebt haben. Das treue Festhalten an denselben scheint demnach auch der Grund gewesen zu sein, daß selbst Zeiller in seinem Commentare dießfalls in eine weitere Auseinandersetzung gar nicht eingeht, und sich damit begnügt, die Anrechnung als gleichbedeutend mit der Collation (des römischen Rechtes) zu bezeichnen, während er gewiß nicht versäumt hätte, eine ausführlichere Darstellung zu liefern, wenn es in der Absicht unseres Gesetzbuches gelegen gewesen wäre, eine von dem römischen Rechte abweichende Bestimmung über die Art und Weise der Anrechnung (Collation) zu treffen. Nach römischen Principien[1]) geschieht nun die Anrechnung dadurch, daß zu dem reinen Nachlaßvermögen jene Gaben, welche die Notherben bei Lebzeiten des Erblassers zu den in den §§. 788 und 789 benannten Zwecken erhalten haben, hinzugerechnet und aus dem also gefundenen Gesammtbetrage der Pflichttheil berechnet wird, daß sohin von dem auf jeden einzelnen Notherben entfallenden Quantum die Conferirungspost, d. i. derjenige Betrag, der eben schon bei Lebzeiten des Erblassers empfangen hat, in Abzug gebracht, und ihm nur der etwa noch abgängige Mehrbetrag behändigt wird; die Berechnung des Pflichttheiles selbst erfolgt aber auf die schon oben (S. 369 d. W.) angedeutete Weise, nämlich am einfachsten dadurch, daß der gesammte Nachlaß, wenn es sich um Notherben der absteigenden Linie handelt, durch die doppelte Anzahl der Kinder des ersten Grades, oder, wenn entferntere Descendenten einschreiten, durch die doppelte Anzahl der Stämme, bei Notherben der aufsteigenden Linie aber auch durch die dreifache Zahl der Köpfe oder Elternstämme getheilt, im letzteren Falle aber auch noch auf die allfällige Concurrenz des Ehegatten die gebührende Rücksicht genommen wird (s. oben S. 370, Z. 7 d. W.). Hätte also der Erblasser A drei Kinder B, C und D hinterlassen, und seinem Sohne B zum Antritte eines Gewerbes 3000 fl., seiner Tochter C ein Heiratsgut von 2000 fl., dem Sohne D hingegen bei Lebzeiten nichts gegeben, und der Nachlaß betrüge 13.000 fl., so kommen zu diesem die beiden Vorausempfänge von 3000 fl. und 2000 fl. hinzuzurechnen. Hieraus ergibt sich ein Gesammtbetrag von 18.000 fl., welcher durch 6 getheilt den Pflichttheil mit 3000 fl. beziffert. Da nun B bereits die gleiche Summe erhalten hat, so gebührt ihm kein weiterer Anspruch auf den Nachlaß des A: C erhält dagegen über das bereits empfangene Heiratsgut von 2000 fl. noch 1000 fl. aus der Verlassenschaft, während D den vollen Pflichttheil mit 3000 fl. zu fordern berechtiget ist; dem Erblasser aber bleiben (nach Abzug der den Notherben C und D noch gebührenden 4000 fl.) 9000 fl. zur freien Verfügung, d. i. die Hälfte desjenigen Betrages, welchen sein Vermögen erreicht haben würde, wenn er bei seinen Lebzeiten keine Betheilungen vorgenommen hätte; die andere Hälfte wird aber gleichmäßig unter die Notherben vertheilt, denn B erhielt bei Lebzeiten 3000 fl., C bei Lebzeiten 2000 fl., aus dem Nachlasse 1000 fl., somit ebenfalls 3000 fl., und D aus dem Nachlasse die vollen 3000 fl., also jeder die gleiche Summe. Hat ein Notherbe bei Lebzeiten mehr erhalten, als sein Pflichttheil beträgt, so ist er zwar (wie später wird nachgewiesen werden) zu keiner Rückerstattung verpflichtet, aber er hat auch nichts weiter aus dem Nachlasse anzusprechen. Beliefe sich dieser z. B. unter den oben gemachten Voraussetzungen nur auf 12.000 fl., so stellt sich der Gesammtbetrag, nach welchem der Pflichttheil zu berechnen kommt, mit Hinzuschlag der Anrechnungsposten des B von 3000 fl. und der C von 2000 fl. auf 17.000 fl., und der Pflichttheil beziffert sich mit 2833 $^1/_3$ fl.; demnach erhält B nichts mehr (denn er hat schon um 166 $^2/_3$ fl. mehr erhalten), C bekömmt 833 $^1/_3$ fl. und D die vollen 2833 $^1/_3$ fl. Dem Erblasser bleiben also zur Verfügung noch 8333 $^1/_3$ fl., welche mit

---

[1]) Die in Frage stehende Anrechnungsart findet sich, wie Unger (Erbrecht, S. 346, Anmerkung 11) hervorhebt, nirgends im römischen Recht ausdrücklich angeordnet; sie wird aber von den Romanisten allgemein angenommen, und ist auf dem Gebiete des gemeinen Rechts gar nicht bestritten, sondern wird als selbstverständlich ganz kurz und obenhin abgethan.

Hinzuzählung der $166\frac{2}{3}$ fl., die er dem B über seinen Pflichttheil zugewendet, also aus der seiner freien Verfügung anheimgegebenen Vermögenshälfte entnommen hat, 8500 fl., d. i. wieder die Hälfte des Gesammtbetrages pr. 17.000 fl. ausmachen. Wären die Vorausempfänge so groß, daß der Nachlaß nicht hinreicht, um die mit Berücksichtigung derselben bezifferten Pflichttheilsansprüche zu befriedigen, so kann freilich, weil eben in keinem Falle eine Rückerstattung des bereits empfangenen von dem Notherben gefordert werden darf — eine völlige Ausgleichung nicht bewerkstelliget werden; es ist aber auch dann noch möglich, eine verhältnißmäßige Vertheilung vorzunehmen, und wir glauben diese darin zu finden, daß der Abgang, d. i. der Unterschied, der sich zwischen dem wirklichen Stande des Nachlasses und dem zur völligen Ausgleichung erforderlichen Betrage darstellt, nach Verhältniß der Ansprüche eines jeden einzelnen Notherben vertheilt wird. Nehmen wir an, A sei mit Hinterlassung von vier Kindern B, C, D und E und eines Nachlasses von 500 fl. gestorben, B habe in vorhinein 13.000 fl., C 1500 fl., D 1000 fl., E aber nichts empfangen. Schlägt man nun diese Anrechnungsposten zu dem Nachlasse hinzu, so ergibt sich eine Gesammtsumme von 16.000 fl. und als Pflichttheil die Summe von 2000 fl.; demnach hätte B nichts mehr, dagegen C noch 500 fl., D noch 1000 fl. und E den vollen Pflichttheil pr. 2000 fl. aus dem Nachlasse zu erhalten; letzterer müßte demnach, um alle Ansprüche zu befriedigen, 3500 fl. betragen, da er sich aber vorausgesetztermaßen nur auf 500 fl. beläuft, so zeigt sich ein Abgang von 3000 fl., welcher unter die noch zu betheilenden Notherben C, D und E nach Verhältniß ihrer Ansprüche, also nach dem Verhältnisse von 3000 : 500 : 1000 : 2000 zu vertheilen kömmt; diesem nach muß sich

C einen Abzug von	$428\frac{4}{7}$	fl.
D „ „ „	$857\frac{1}{7}$	„
E „ „ „	$1417\frac{2}{7}$	„
	3000	fl.

gefallen lassen, und es erhält demnach

C aus dem Nachlasse noch	$71\frac{3}{7}$	fl.
D „ „ „ „	$142\frac{6}{7}$	„
E „ „ „ „	$285\frac{5}{7}$	„
zusammen	500	fl.,

d. i. der Betrag des zu vertheilenden Nachlasses.

Es kömmt nun noch darauf an, zu untersuchen, ob sich die entwickelte Anrechnungsmethode auch aus dem a. b. G. B. rechtfertigen lasse, oder ob sie mit dessen Inhalte in Widerspruch stehe[1])? Die Gründe, welche für dieselbe geltend gemacht wurden, bestehen hauptsächlich in folgendem: Der §. 789 bezeichnet die zur Einrechnung in den Pflichttheil der Eltern geeigneten Gaben ausdrücklich als „Vorschüsse“, und der innige Zusammenhang dieses §. mit dem vorhergehenden §. 788 läßt mit Zuversicht erkennen, daß auch die dort aufgezählten Gaben als Vorschüsse anzusehen seien, welche die Natur von Abschlagszahlungen auf den künftig zu entrichtenden Pflichttheil an sich tragen. Hiermit steht es im völligen Einklange, wenn vermittelst der Anrechnung die Erbschaftsmasse auf jenen Standpunkt zurückgeführt wird, als ob gar keine Anrechnungsposten ausgezahlt worden wären. Diese stellen sich gleichsam als Abschlagszahlungen auf den gebührenden Pflichttheil dar, und befreien daher den Erblasser, so weit sie reichen, von der ihm obliegenden Verbindlichkeit (der Hinterlassung des Pflichttheiles), sowie sie für die nicht betheilten Notherben den Anspruch auf einen größeren Theil des (wirklichen) Nachlasses

---

[1]) Sehr ausführlich haben die von uns vertheidigte Anrechnungsmethode zu begründen versucht: Czaba, a. a. O. §§. 36 und ff., und Härdtl, a. a. O., nachdem sie schon früher von Scheidlein in seinen Miscellen, Hft. 2, S. 61 und 88, und von Füger in seinem Handbuche des adeligen Richteramtes, 2. Aufl., Thl. I, S. 220 aufgestellt worden war. — Auch Unger (a. a. O.) hält sie für die allein richtige.

begründen. Man hat gegen die von uns vertheidigte Anrechnungsmethode eingewendet: der §. 784 bestimme, was, um den Pflichttheil richtig auszumessen, in die Verlassenschaft eingerechnet werden müsse; dort geschehe aber von dem, was ein Notherbe zu den in der §§. 788 und 789 angeführten Zwecken erhalten hat, keine Erwähnung; allein der §. 784 spricht bloß von der Ausmessung und Berechnung des Pflichttheiles im allgemeinen, ohne auf den, im Gesetz erst später berührten Fall der Anrechnung Rücksicht zu nehmen; diese erheischt daher besondere Vorschriften, welche, wenn sie nicht ausdrücklich im Gesetze enthalten sind, aus dem Geiste desselben und aus der Natur des in Frage stehenden Rechtsinstitutes entwickelt werden müssen. Man sagt aber ferner, auf die Anrechnung zum Pflichttheile sei allerdings die bestimmte Vorschrift des §. 793 anzuwenden, denn dieser handle von der Anrechnung des empfangenen zum Erbtheile (überhaupt), der Pflichtheil werde aber von den §§. 762 und 764 selbst ein „Erbtheil" genannt; was vom genus gilt, müsse daher auch von der species gelten. Hierauf ist jedoch bereits oben erwidert worden, daß der §. 793 offenbar das Dasein mehrerer Notherben voraussetzt, während die Anrechnung zum Pflichttheile auch bei dem Vorhandensein eines einzigen Notherben stattfinden muß, indem sie nicht nur, wie schon früher erwähnt wurde, die Ausgleichung unter den Notherben selbst, sondern auch die Erweiterung der Testirungsbefugniß des Erblassers (der schon bei Lebzeiten der ihm auferlegten Verpflichtung ganz oder zum Theile Genüge geleistet hat) bezweckt. Außerdem zeigt sich die Anrechnungsart des §. 793 auch dann als unzulänglich, wenn die Verlassenschaft nicht dazu hinreicht, jedem Kinde vor der Theilung den nämlichen Betrag zuzuweisen; denn in solchem Falle kömmt bei der Anrechnung zum Intestaterbtheile das früher begünstigte Kind nicht weiter in Betrachtung; dieß wäre aber bei der Anrechnung in den Pflichttheil nicht zulässig, weil durch dieses Verfahren die noch nicht betheilten Notherben in ihren Ansprüchen geschmälert würden. — Eine weitere Einwendung gegen die in Frage stehende Anrechnungsmethode gründet sich auf den §. 765 und §. 766, welcher jedem Kinde die Hälfte, jedem Notherben der aufsteigenden Linie ein Drittheil seines Intestaterbtheiles zuweist, also einen bestimmten Theil des (wirklichen) Nachlasses, nicht aber eines erst durch Hinzuschlagung gewisser Posten ausgemittelten (ideellen) Gesammtvermögens. Allein auch bei der gesetzlichen Erbfolge findet ja die Anrechnung der in den §§. 788 und 789 erwähnten Gaben statt, und könnte auch bei dieser durch Hinzuschlagung der Vorausempfänge zu dem wirklichen Nachlasse bewerkstelliget werden; das Gesetz hat (im §. 793 nur eine einfachere Berechnungsweise gewählt, welche dort zu ganz gleichem Ergebnisse führt, beim Pflichttheile aber in gewissen (oben angegebenen) Fällen nicht anwendbar scheint. Durch die von uns vertheidigte Anrechnungsmethode wird gerade, wie ebenfalls schon oben erwähnt wurde, der Nachlaß auf jenen Standpunkt gebracht, auf welchem er sich befunden haben würde, wenn bei Lebzeiten des Erblassers keine zur Anrechnung geeigneten Betheilungen stattgefunden hätten, und jeder Notherbe erhält nach derselben (in der Regel) wirklich die Hälfte oder beziehungsweise ein Drittheil dessen, was ihm nach der gesetzlichen Erbfolge zugefallen wäre, wenn der Erblasser weder unter Lebenden noch auf den Todesfall eine Verfügung getroffen hätte, die bei der Berechnung des Pflichttheiles von Einfluß ist. Schließlich muß noch bemerkt werden, daß die bisher vertheidigte Anrechnungsart auch die Autorität der Gerichtshöfe für sich hat. So heißt es in einer Entscheidung des k. k. n. öst. Oberlandesgerichtes, welche von dem obersten Gerichts- und Cassationshofe unterm 29. December 1851, Z. 11163, bestätiget wurde (Ger. Ztg. 1852, Nr. 13): „Der natürliche Sinn der §§. 787 und 788 des a. b. G. B. sei wohl der, daß durch Beträge, welche ein Notherbe durch die letztwillige Anordnung bekommt, oder noch bei Lebzeiten des Erblassers erhalten hat, einerseits die übrigen gesetzlichen Noth- oder testamentarischen Erben nicht verkürzt, anderseits aber der Erblasser in dem freien Verfügungsrechte mit seinem Vermögen nicht mehr beschränkt werde, als die

Gesetze vorschreiben, und daß daher solche Beträge ihn nicht hindern, über einen gleich großen Betrag seines Vermögens zu disponiren, als der Fall gewesen wäre, wenn er denselben nicht anderweitig den Notherben zugewendet hätte" [1]). Endlich kann zu Gunsten der in Frage stehenden Anrechnungsmethode auch das Formular VI einer Verlassenschafts-Theilungsurkunde angeführt werden, welches der mit Hfd. v. 16. Juli 1824, Nr. 2024 der J. G. S., kundgemachten Instruction für die Landgerichte in Tirol und Vorarlberg und für die Districtsgerichte des Küstenlandes in den Geschäften außer Streit beigegeben wurde, und in welchem die Conferirungspost (das von der Tochter Theresia erhaltene Heiratsgut pr. 3000 fl.) dem Verlassenschaftsactivstande zugeschlagen, hierdurch nach Abschlag des Passivstandes die eigentliche reine, unter die (vier) Erben gleich zu vertheilende Masse ausgemittelt und in der Vertheilung der Vorausempfang in den ausgemittelten Erbtheil eingerechnet wird. In ganz gleicher Weise ist das Formular VI zu dem k. Pat. vom 9. August 1854, Nr. 208 des R. G. Bl., abgefaßt [2]).

---

[1]) Auf Grundlage dieser Erwägung wurde dem Kläger, welcher bereits auf Abschlag seines Pflichttheiles 8000 fl. erhalten hatte, aus dem Nachlasse seines Vaters pr. 28.000 fl., zu welchem er nur mit seiner Schwester concurrirte, die Summe von 1000 fl. als Ergänzung des Pflichttheiles pr. 9000 fl. $\left(\frac{28.000 + 8000}{4}\right)$ zugesprochen. — In gleichem Sinne erflossen mehrere Entscheidungen des lomb. venet. Senates der obersten Justizstelle, welche Zini in seiner Giurispr. prat. Bd. 10, S. 93 und Bd. 25, S. 81, dann Beretta im Giorn. di giurispr. 1846, S. 298, anführt. — Vgl. auch das Erkenntniß des obersten Gerichtshofes vom 29. September 1851 (Eco dei Tribunali. Jahrgang 1852, S. 76) und die Entscheidung des Oberlandesgerichtes vom 7. October 1852 (ebd. Jahrgang 1853, S. 118).

[2]) Wir wollen nun die übrigen uns bekannt gewordenen Anrechnungsmethoden in Kürze aufführen, ohne uns in eine umständliche Kritik derselben einzulassen, hinsichtlich welcher theils auf die schon mehrerwähnte Abhandlung von Czada, theils auf die treffliche Monographie von Härdtl verwiesen werden muß.

a) Winiwarter (Bemerkungen über die Anrechnung in den Pflicht- oder Erbtheil nach dem a. b. G. B., in Pratobevera's Mat. Bd. 5, S. 271) meint, es sei vor allem der wirkliche Nachlaß in zwei gleiche Theile zu theilen. Die eine Hälfte gebühre sohin dem Erblasser zu seiner letztwilligen Verfügung, aus der andern aber müssen die unter Lebenden noch gar nicht oder minder begünstigten Notherben jenen, die es am meisten sind, gleichgestellt und der etwaige Rest unter alle gleich vertheilt werden. Wenn also der Erblasser A 12.000 fl. und drei Kinder B, C und D hinterläßt, von denen B schon bei Lebzeiten 3000 fl., C 2000 fl., D aber nichts erhalten hat, so bekämen nach dieser Anrechnungsart von der den Notherben gehörigen Nachlaßhälfte pr. 6000 fl. vorerst C., zur Ausgleichung mit B, 1000 fl. und D 3000 fl. und der nach Abzug dieser 4000 fl. erübrigende Rest pr. 2000 fl. käme in drei gleiche Theile ($666^2/_3$ fl.) zu vertheilen; sonach erhielte B aus dem Nachlasse $666^2/_3$ fl., C $1666^2/_3$ fl. und D $3666^2/_3$ fl., wodurch die Summe von 6000 fl. erschöpft ist.

b) Nach Vitalian Oldrado (Memoria sopra li casi e regole più importanti sulla materia delle collazioni ed imputazioni e reduzioni delle donazioni secondo il Cod. austr. Milano. 1825) sollen die Vorausempfänge nicht zum ganzen Nachlasse, sondern nur zu der auf die Notherben entfallenden Pflichttheilsmasse hinzugeschlagen und darnach die Pflichttheile der einzelnen berechnet werden. Im obigen Beispiele kämen also die Vorausempfänge des B und C pr. 5000 fl. zur Nachlaßhälfte von 6000 fl. hinzuzuschlagen und aus der Summe von 11.000 fl. der Pflichttheil mit $3666^2/_3$ fl. ($^{11000}/_3$) zu berechnen; weil aber B bereits 3000 fl. erhalten, so gebührt ihm nur mehr der Rest mit $666^2/_3$ fl., sowie dem C über Abschlag der schon erhaltenen 3000 fl. die noch erübrigende Summe von $1666^2/_3$ fl., während D den vollen Pflichttheil mit $3666^2/_3$ fl. anzusprechen hat.

c) Dr. V. A. Wagner (Ueber die Art, die im §. 788 des a. b. G. benannten Gaben zum Pflichttheile der Kinder anzurechnen, in Pratobevera's Mat. Bd. 6, S. 64) schlägt vor, aus dem ganzen Nachlasse, noch ehe damit eine Theilung vorgenommen wird, die Ausgleichung unter die Notherben nach der Weisung des §. 793 zu treffen, sohin den Rest, wenn ein solcher erübriget, nach der Anzahl der Kinder in gleiche Theile zu theilen, und zu dem Quotienten den jedem Kinde im voraus zugetheilten Betrag hinzuzurechnen, hiervon aber dann die Hälfte zu nehmen, die den gebührenden Pflichttheil darstellt. In unserem Falle würde somit C noch vor der Theilung 1000 fl., D 3000 fl. erhalten, und der Rest des Nachlasses pr. 8000 fl. in drei Theile ($2666^2/_3$ fl.) getheilt werden. B bekäme demnach aus der Verlassenschaft seinen Erbtheil mit $2666^2/_3$ fl., C den gleichen Antheil und im voraus 1000 fl., also zusammen $3666^2/_3$ fl., und D im vorhinein 3000 fl. und weiters den gleichen Erbtheil mit $2666^2/_3$ fl., somit im Ganzen $5666^2/_3$ fl. Die Hälfte der auf diese Weise berechneten gesetzlichen Erbtheile gibt den Pflichttheil, und zwar für B mit $1333^1/_3$ fl., für C mit $1833^1/_3$ fl. und für D mit $2833^1/_3$ fl.

d) Nippel (Erläuterung der gesetzlichen Bestimmungen über den Pflichttheil und die Anrechnung in denselben nach dem a. b. G. B. Linz, 1828 und Versuch eines Schlußwortes über die Anrechnung in den Pflichttheil in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1836, I., S. 115) folgt zum Theile der eben erörterten Wagner'schen Anrechnungsmethode, indem auch er vor aller Vertheilung des Nachlasses eine Ausgleichung unter den Notherben vornimmt und sohin den Rest in gleiche Theile theilt; sein Verfahren unterscheidet sich aber von jenem dadurch, daß er zu diesem aus dem Verlassenschaftsreste auf jedes Kind entfallenden gleichen Antheile nicht blos dasjenige hinzuzählt, was jedem aus der Verlassenschaft im vorhinein zugetheilt wurde, sondern auch jenen Betrag, welchen jedes derselben bei Lebzeiten des Erblassers empfangen hat, wornach erst die also gewonnene Summe halbirt wird, um den Pflichttheil zu bestimmen. Es wird also unter zu Grundelegung des obigen Beispieles C mit 1000 fl., D mit 3000 fl. aus dem Nachlasse im voraus betheilt; der Rest pr. 8000 fl. sohin in drei gleiche Theile getheilt, wornach sich für jeden Notherben ein gleicher Antheil mit $2666^2/_3$ fl. ergibt. Nun rechnet Nippel für B den Vorausempfang mit 3000 fl., für C jenen mit 2000 fl. und die Vorausbetheilung mit 1000 fl. und für D die Vorausbetheilung mit 3000 fl. hinzu, so daß sich für jeden ein gesetzlicher Erbtheil von $5666^2/_3$ fl. und somit als Hälfte davon ein Pflichtheil mit $2833^1/_3$ fl. ergibt. Demnach erhält B, da er schon bei Lebzeiten mehr als den ihm gebührenden Pflichttheil bekommen hat, nichts weiter aus dem Nachlasse, C dagegen den Ueberrest mit $833^1/_3$ fl. und D den vollen Pflichttheil mit $2833^1/_3$ fl.

6. Hat ein Notherbe schon bei Lebzeiten des Erblassers mehr erhalten, als der ihm gebührende Pflichttheil beträgt, so entsteht die Frage, ob er nicht etwa ver-

---

e) Wessely (in seiner Recension der o. a. Nippel'schen Abhandlung, Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1828, III., S. 376) und ausführlicher Gspan (Ueber die Anrechnung in den Pflichttheil, Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1835, II., S. 1, und 1836, I., S. 285) wollen den Pflichttheil der Notherben bloß aus dem Nachlasse berechnet wissen, und glauben dem Gesetze zu genügen, wenn sie die Vorausempfänge von dem Pflichttheile jedes einzelnen Notherben in Abzug bringen. Der Pflichttheil betrüge nach ihnen in unserem Beispiele 2000 fl. ($^{12000}/_{6}$), und es erhielten somit weder B noch C etwas aus dem Nachlasse, weil jener bereits mehr als diese Summe, C aber gerade den Pflichttheil erhalten hat, nur dem B kämen 2000 fl. zuzuweisen und dem Erblasser blieben 10.000 fl. zur freien Verfügung übrig.

f) Ein alter Praktiker spricht sich über die Berechnung des Pflichttheiles mit Anwendung des §. 793 (Jurist, Bd. 4, S. 239) dahin aus, daß man behufs der Berechnung des Pflichttheiles zuerst den gesetzlichen Erbtheil kennen lernen müsse, was unter zu Grundelegung des §. 793 zu geschehen hat, und schließt sich also eigentlich der o. a. Wagner'schen Methode an; nur fügt er bei, daß, wenn ein einziger Notherbe vorhanden ist, vorerst dem eingesetzten Erben aus dem Nachlasse so viel zuzuweisen sei, als der Notherbe voraus empfangen hat, und daß dann der Rest der Verlassenschaft zwischen dem Notherben und dem eingesetzten Erben gleichmäßig zu theilen sei.

g) Th. Juris meint, die Anrechnung des empfangenen zum Pflichttheile habe dadurch zu geschehen, daß jedes nicht begünstigte Kind die Hälfte des Betrages, welcher dem begünstigten Kinde unter Lebenden zugewendet wurde, noch vor der Theilung erhält, während die andere Hälfte der Anrechnung zur Disposition des Erblassers bleibt (s. den Aufsatz mit Bemerkungen von mir in der Zeitschr. für österr. Rechtsgel. 1842, II., S. 193). Der Ueberrest des Nachlasses wird sohin nach diesem doppelten Abzuge wieder in zwei gleiche Theile getheilt, von denen der eine zur Vertheilung unter die Notherben verwendet, der andere Theil aber zur freien Verfügung des Erblassers belassen wird, und, zu der ihm gleichfalls zu belassenden Hälfte der Anrechnungspost hinzuaddirt, das ganze Verfügungscapital des Erblassers bildet. In obigem Beispiele würden also C vor der Theilung 500 fl. ($^{1000}/_{2}$) und D 1500 fl. ($^{3000}/_{2}$) erhalten und 2000 fl. (500 + 1500) zur Verfügung des Erblassers belassen. Der Rest des Nachlasses mit 8000 fl. wird in zwei gleiche Theile getheilt, von denen der eine pr. 4000 fl. den Pflichttheil für B, C und D, je mit 1333⅓ fl. gibt, während die andern 4000 fl. zum Verfügungscapitale des Erblassers kommen. Von dem Nachlasse pr. 12.000 fl. erhält somit B den Pflichttheil mit 1333⅓ fl., C mit 1833⅓ fl. und D mit 2833⅓ fl., alle zusammen also 6000 fl., und dem Erblasser bleibt als Verfügungscapital die halbe Anrechnung mit 2000 fl. und die Hälfte des erübrigenden Nachlasses mit 4000 fl., zusammen also ebenfalls 6000 fl.

h) L. Draghi (Il metodo di collazione proposta dal prof. Wagner non è conforme alle disposizioni del imp. Cod. civ. gen. austr., ma vi corrisponde invece il metodo della collazione nel cumulo della sostanza ereditaria. Venezia 1841) hält die im Contexte angeführte Berechnungsweise durch Hinzuschlagung der Vorausempfänge zur Verlassenschaftsmasse (collazione a cumulo, wie er sie nennt) für die richtige, und schlägt nur noch eine eigene Form ihrer Ausführung vor, nämlich daß die sämmtlichen Vorausempfänge zum Nachlasse hinzugeschlagen, und aus der also gewonnenen Summe die Hälfte (als die Summe der Pflichttheile) ausgeschieden werde; aus dieser Masse sollen zuvörderst alle einzelnen Notherben so viel erhalten, daß sie dem am meisten begünstigten gleich stehen; zeigt sich sohin nach geschehener Vorausbetheilung und nach Abschlag der Anrechnungsposten noch ein Ueberrest, so wird er zu gleichen Theilen unter die Notherben vertheilt; ergibt sich dagegen ein Abgang, so wird er ebenfalls in gleiche Theile getheilt und von dem vor der Theilung zu verabreichenden Betrage in Abzug gebracht. In unserem Falle erhält also aus der Pflichttheilsmasse pr. 8500 fl. zuvörderst C 1000 fl. und D 3000 fl., um dem am meisten begünstigten B in Hinsicht des Vorausempfanges pr. 3000 fl. gleichgestellt zu werden. Da aber diese Beträge pr. 1000 fl. und 3000 fl. mit Hinzurechnung der Vorausempfänge pr. 3000 fl. und 2000 fl. die Summe von 9000 fl. ausmachen, so zeigt sich, daß die Pflichttheilsmasse um 500 fl. zu gering ist. Dieser Abgang pr. 500 fl. muß also zu gleichen Theilen unter die Notherben vertheilt werden, daher auf jeden einzelnen ein Abzug von 166⅔ fl. entfällt. Diese Summe von den Vorausbetheilungen abgeschlagen, gibt für C den Anspruch auf 833⅓ fl. und für D auf 2833⅓ fl.

i) Mensi (Noch ein Wort über die Anrechnung zum Pflichttheile, in der Zeitschr. für österr. Rechtsgel. 1848, II., S. 278) glaubt, daß die Beträge der Gaben des §. 788 nicht ganz und unbedingt als ein Theil der Erbschaft anzusehen kommen, sondern nur mit jenem Theil derselben, der wirklich dem Notherben in seinen Erbtheil eingerechnet worden ist; und daß jener Betrag der Anrechnungspost, der bei Bestimmung der Erbtheile der übrigen Erben wegen der Unzulänglichkeit der Verlassenschaft ihm nicht angerechnet und somit gar nicht in Anschlag gebracht werden kann, den betheiligten Notherben in der Art durch das Gesetz (§. 793) erlassen erscheine, daß er von ihm nicht rückerstattet zu werden braucht, obgleich er den Erbtheil der übrigen Erben übersteigt. Um nun den eigentlichen Betrag des einzelnen Erbtheiles und jenen Betrag zu finden, welcher von einer Anrechnungspost zur wirklichen Anrechnung geeignet ist, muß nach dem Vorschlage dieses Schriftstellers vor allem untersucht werden, ob die Verlaßmasse zuläßt, daß die Beträge der Anrechnungsposten der begünstigten Erben nach §. 793 noch vor der Theilung den andern aus dem Nachlasse in der That voll zugewiesen werden können. Ist dieses der Fall, so folgt Mensi der Wagner'schen Anrechnungsmethode. Tritt dagegen obige Voraussetzung nicht ein, so wird zuerst der bloße vorhandene Nachlaß ohne Zuschlagung der Anrechnungsposten zur Grundlage genommen, und vorläufig unter alle Erben ohne Unterschied zu gleichen Theilen und ohne Rücksicht auf die Vorausgaben getheilt. Bei dieser Theilung fällt nun auch ein Theil auf den (oder die) vorausbetheilten Notherben; ein solcher kann jedoch demselben (oder denselben) bei dem Umstande, wo er (sie) schon einen größeren Betrag bei Lebzeiten empfing, nicht ausgefolgt werden, und tritt somit in Ersparniß. Dieses Ersparniß wird als ein Zuwachs der Nachlaßmasse behandelt, auf welchen sowohl alle Notherben als auch der Erblasser bezüglich seines Verfügungscapitals einen gesetzlichen Anspruch haben, daher dieser Theil neuerdings unter die sämmtlichen Erben gleich zu theilen kommt; hierdurch wird jedoch abermals jener Theil erspart, der auf den (die) vorausbedachten Notherben fiele; solcher kömmt neuerdings zur Masse, und muß wieder in gleicher Art vertheilt werden, und es ist mit dieser Behandlung so lange fortzufahren, bis die Anrechnungspost durch die gemachten Abzüge compensirt ist, oder bis man zu einem untheilbaren und unzahlbaren Bruche gelangt. Dann zählt man die auf diese Art jedem Erben zugewiesenen Beträge zusammen, und erhält den Erbtheil eines einzelnen Erben mit Berücksichtigung des zur Anrechnung geeigneten und möglichen Theils der Anrechnungspost, daher auch jenen Betrag der letzteren, welcher in der That dem Notherben angerechnet wird, somit einzig und allein die Erbmasse vermehrt, und bei der Erbtheils- und Pflichttheilsberechnung in Anschlag zu bringen kömmt. Ist aber der anrechnungsfähige Theil der Anrechnungspost und der Erbtheil gefunden, so ist auch der Pflichttheilsbetrag sichergestellt.

k) Fr. Raisky (Die Anrechnung der Vorempfänge zum Pflichttheile, begründet nach den Bestimmungen des b. G. B., ohne unmittelbare Anwendung des §. 793, Gerichts-Zeitung 1854, Nr. 88) ist wieder auf die schon oben angeführte Wagner'sche Anrechnungsmethode zurückgekommen, und hat sie nur noch consequenter, als ihr Begründer, auch in jenen Fällen durchzuführen gesucht, wo der Nachlaß wegen der Größe der Vorempfänge nicht ausreicht, um eine Gleichstellung aller Notherben herbeizuführen, wovon noch weiter

halten werden könne, das zu viel empfangene in die Erbschaftsmasse zurückzustellen, da nur auf diese Weise eine vollkommene Gleichstellung aller Notherben unter ein-

---

unten die Rede sein wird. Gegen diesen Aufsatz ist M. Füger von Rechtborn eben in der Ger. Ztg. 1854, Nr. 110 (Hat ein Kind auch im Falle einer Anrechnung der Vorempfänge als Pflichttheil stets die Hälfte dessen zu erhalten, was ihm nach der gesetzlichen Erbfolge zugefallen wäre?) aufgetreten, indem er sich zugleich für die von uns vertheidigte Anrechnungsweise erklärte.

l) Dr. Rudolf Blitzfeld (in seinem Aufsatze: Ueber die Art der Anrechnung der Vorausempfänge des §. 788 des a. b. G. B. in den Pflichttheil in Nr. 94—97 der allg. österr. Ger. Ztg. J. 1856) hält die mathematische Formulirung der im Gesetze unstreitig liegenden Grundsätze für den einzig richtigen Weg, um zu einem genügenden Resultate zu gelangen. Die allgemeine Regel des §. 765, wornach das Gesetz als Pflichttheil jedem Kinde die Hälfte dessen bestimmt, was ihm nach der gesetzlichen Erbfolge zugefallen wäre, drückt die mathematische Form $P = \frac{E}{2}$ aus, wenn P den Pflichttheil und E den gesetzlichen Erbtheil bedeutet. Nicht das Verlassenschaftsvermögen, nicht das Stammvermögen des Erblassers, sondern der gesetzliche Erbtheil ist die (veränderliche) Einheit für den Pflichttheil, dessen constantes Verhältniß zu derselben vom Gesetze bestimmt wird. Dieses im §. 765 des a. b. G. B. zwischen Pflichttheil und gesetzlichem Erbtheil aufgestellte constante Verhältniß muß als allgemeine Norm auch für jene Verhältnisse gelten, wenn die Descendenten sich die im §. 788 des a. b. G. B. bezeichneten Gaben anrechnen lassen müssen. Nachdem nun im Falle des Vorhandenseins einrechnungsfähiger Vorausempfänge der Pflichttheil so gut wie der gesetzliche Erbtheil aus zwei Theilen besteht, aus dem Vorausempfangenen und aus dem, aus der Verlassenschaft zu erfolgenden Ergänzungsbetrage, und demnach, wenn man den erwähnten Ergänzungsbetrag, bezüglich des Pflichttheiles p und bezüglich des gesetzlichen Erbtheiles e, den Vorausempfang aber im allgemeinen v nennt, die Gleichungen gelten:

$$P = p + v \text{ und}$$
$$E = e + v,$$

so muß, weil $P = \frac{E}{2}$ ist auch $p + v = \frac{e + v}{2}$ sein.

Diese mathematische Wahrheit ergibt sich aus der einfachen Betrachtung, daß nach dem Gesetze nicht die entfernteste Berechtigung vorliege, das im §. 765 zwischen Pflichttheil und gesetzlichem Erbtheil aufgestellte constante Verhältniß im Falle vorhandener Vorausempfänge, welche nach §§. 788 und 790 offenbar als Theile des Pflicht- oder Erbtheiles anzusehen sind, in ein variables zu verwandeln. Aus der zuletzt entwickelten Gleichung erhält man nun:

$$p = \frac{e - v}{2}$$

Um also p, d. i. den dem Notherben aus der Verlassenschaft gebührenden Pflichttheils-Ergänzungsbetrag zu berechnen, braucht bloß e, d. i. der dem gesetzlichen Erben mit Rücksicht auf den erhaltenen Vorausempfang aus der Verlassenschaft gebührende Erbtheilsergänzungsbetrag berechnet zu werden. Zu dieser Berechnung enthält aber der §. 793 die klare Vorschrift: die Anrechnung des empfangenen zum Erbtheile geschieht dadurch, daß jedes Kind den nämlichen Betrag noch vor der Theilung erhält. Nennt man nun die richtig gestellte Verlassenschaftsmasse M, die Summe der Vorausempfänge S und die Anzahl der Notherben n, so findet man für e die allgemeine Form $\frac{M + S}{n} - v$ und für E die Form $E = \frac{M + S}{n}$ und sohin durch Substitution in den obigen Gleichungen die weitere Form:

$$p = \frac{M + S}{2\,n} - v \text{ und}$$
$$P = \frac{M + S}{2\,n}$$

Diese Gleichungen gelten jedoch nur für den Fall, wenn die Verlassenschaft zur Ausgleichung im Sinne des §. 793 auch bezüglich des am meisten begünstigten Notherben zureicht. Ist dieß nicht der Fall, so kann nur nach §. 793 das früher begünstigte Kind keinen Erbtheil ansprechen, aber auch zu keiner Erstattung verhalten werden. Hieraus läßt sich nach der Ansicht des Verfassers die Frage, ob und mit welchem Theile seines Vorausempfanges ein überbegünstigter Notherbe, bezüglich dessen eine Gleichstellung der übrigen Notherben nach dem Stande der Verlassenschaft nicht möglich ist, bei Berechnung des Erbtheiles in Rechnung zu ziehen sei, direct beantworten; denn einerseits verordnet das Gesetz, daß ein solcher Notherbe keinen Erbtheil anzusprechen habe, d. i. sein Vorausempfang mit seinem Anspruche auf einen gesetzlichen Erbtheil compensirt erscheint und anderseits, daß er zu keiner Erstattung angehalten werden könne, oder was dasselbe ist, daß obige Compensation nur quoad summam concurrentem zu verstehen sei, und die den gesetzlichen Erbtheil übersteigende Summe des Vorausempfanges als vom Gesetze unbedingt erlassen anzusehen sei. Hieraus ist klar, daß in einem solchen Falle der Vorausempfang nur insoweit in Rechnung komme, als er den gesetzlichen Erbtheil nicht übersteigt, und daß der Ueberrest ganz außer Rechnung bleibt, weil er, da eine Erstattung nicht vorgeschrieben ist, die übrigen Erbtheilsportionen ohnehin niemals influenciren könne. Der Verfasser gelangt dadurch zu dem Schlusse, daß bei der Berechnung des Erbtheiles so wie des Pflichttheiles nur diejenigen Notherben mit ihren Vorausempfängen in Rechnung kommen, bezüglich deren der gedachte Ausgleich nach §. 793 möglich ist, die übrigen aber und deren Vorausempfänge als gar nicht vorhanden betrachtet werden, und deducirt nun folgende Formen, bei denen s die Summe der Vorausempfänge derjenigen Notherben, bezüglich deren ein Ausgleich nach §. 793 nicht möglich ist, und v die Anzahl solcher Notherben bedeutet:

$$E = \frac{M + S - s}{n - v}$$
$$e = \frac{M + S - s}{n - v} - v$$
$$P = \frac{M + S - s}{2\,(n - v)}$$
$$p = \frac{M + S - s}{2\,(n - v)} - v$$

m) Die Abhandlung von Fr. Foramiti (Metodo per fare la collazione nella porzione ereditaria e nella leggittima. Milano, 1825) und von M. Costi (Teoria della porzione leggitima e della collazione nella porzione leggitima ed ereditaria. Venezia 1841) sind mir nicht zu Gesichte gekommen.

ander bewerkstelligt werden kann; und in der That hat auch Czaba (a. a. O. 122) die Behauptung aufgestellt, daß der begünstigte Notherbe wenigstens zur Rückgabe dessen verhalten werden könne, was den übrigen Notherben zur vollständigen Erhaltung ihres, mit Einschluß der Vorausempfänge berechneten Pflichttheiles abgeht. Allein wir glauben mit Winiwarter (bürgl. Recht, Bd. 3, S. 381) und mit Härdtl (a. a. O. S. 98) hiergegen einwenden zu müssen, daß der §. 793 hinsichtlich der Anrechnung in den gesetzlichen Erbtheil ausdrücklich anordnet, das früher begünstigte Kind könne zu keiner Erstattung angehalten werden. Würde diese nun bei der Anrechnung in den Pflichttheil gefordert, so würde sich letzterer nicht mehr als die Hälfte oder als ein Drittheil des Intestaterbtheiles darstellen, was er doch nach §§. 765 und 766 sein soll; außerdem müßte der Gesetzgeber wohl auch über die Art der Erstattung besondere Verfügungen getroffen haben, wie dieß in den §§. 693 und 951 geschehen ist. Hierzu kömmt noch, daß die im §. 788 enthaltenen Gaben keine freiwilligen Geschenke, sondern Leistungen sind, auf welche die Kinder einen rechtlichen Anspruch haben, daher es nicht ganz folgerichtig wäre, wenn ihnen dasjenige, was sie im Rechtswege erworben und vielleicht auch schon auf andere Personen übertragen haben, zum Theile wieder abgenommen würde. Endlich scheint unsere Ansicht auch der natürlichen Billigkeit zu entsprechen, denn das früher begünstigte Kind hat das empfangene oft schon verbraucht, oder würde durch die Zurückstellung desselben in eine unangenehme Lage versetzt werden, so daß es für die noch nicht betheilten Notherben meistens leichter sein wird, das, was sie nach dem Betrage des Gesammtvermögens ansprechen konnten, nicht ganz zu bekommen, als für den begünstigten, das erhaltene wieder herauszugeben, und zwar umsomehr, als dieß oft auch nicht ohne Beeinträchtigung der Rechte dritter Personen geschehen könnte, z. B. des Ehegatten, der auf das Heiratsgut seiner Frau gewisse Rechte erworben hat. Wenn nun aber auch der im voraus begünstigte Notherbe unserer Ansicht zufolge nicht verhalten werden kann, das empfangene Uebermaß zurückzustellen, so geht es doch anderseits nicht an, ihn bei der Berechnung des Pflichttheiles außer Acht zu lassen, indem dadurch die übrigen Notherben in ihren Ansprüchen geschmälert würden; es ist vielmehr ganz folgerichtig, daß der Erblasser in seinem freien Verfügungsrechte eingeschränkt, und mehr als die Hälfte des (wirklichen) Nachlasses für die noch unbetheilten Notherben in Anspruch genommen werde. Dieß folgt, wie Winiwarter (a. a. O. S. 380) bemerkt, schon aus dem Grundsatze, daß eine unter zweien vorgenommene Handlung einem dritten nicht schaden soll. Die noch nicht betheilten Kinder dürfen deßhalb nicht in ihrem Pflichttheile beeinträchtiget werden, weil eines ihrer Geschwister von dem Erblasser schon bei Lebzeiten reichlicher bedacht wurde, als es nach dem Stande des Gesammtvermögens hätte geschehen sollen, und dieser hat es sich vielmehr selbst zuzuschreiben, wenn er nur über einen geringeren Theil seines Nachlasses verfügen kann, weil er schon bei Lebzeiten von seinem Dispositionsrechte in ausgedehnterem Maße Gebrauch gemacht hat. Reicht in einem solchen Falle die Verlassenschaft zur Berichtigung der nach dem Gesammtvermögen berechneten, und den noch gar nicht oder in geringerem Maße betheilten Kindern zu entrichtenden Pflichttheile nicht hin, so muß zu einer Aushilfsrechnung Zuflucht genommen werden, weil eben der zu reichlich bedachte Notherbe zur Erstattung des empfangenen Uebermaßes nicht verhalten werden kann. Wir haben unsere Ansicht hierüber bereits oben (S. 413 d. W.) entwickelt, und sind dabei von der Betrachtung ausgegangen, daß der Verlust, den jeder einzelne Notherbe wegen Unzulänglichkeit der Erbmasse zu erleiden hat, mit seinem Anspruche im Verhältniß stehen soll[1]).

---

[1]) Wir wollen hier in Kürze auch die verschiedenen Aushilfs-Rechnungsmethoden, welche bisher vorgeschlagen wurden, anführen:

a) Einige vertheilen unter der gedachten Voraussetzung die s. g. Pflichttheilsmasse, d. h. den zur Deckung der Pflichttheile bestimmten Betrag nach dem Maßstabe dessen, was jeder einzelne Notherbe noch aus der Erbschaftsmasse auf seinen Pflichttheil zu erhalten hat. Bei dem Vorhandensein von vier Notherben (B, C, D und E) und einem Nachlasse von 500 fl. würde, wenn B 12.500 fl., C 1500 fl., D 1000 und E nichts

7. Treten entferntere Abstämmlinge entweder allein oder gemeinschaftlich mit Kindern des ersten Grades als Erben ein, so wird die durch Hinzuschlagung der Anrechnungsposten zu dem wirklichen Nachlasse gewonnene Erbschaftsmasse durch die doppelte Anzahl der Stämme aller Notherben, der auf jeden Stamm ausfallende Antheil aber sohin nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge unter die Sprossen dieses Stammes getheilt. In diesem Falle müssen sich die Enkel nicht nur die Anrechnung dessen gefallen lassen, was sie selbst bei Lebzeiten von dem Erblasser erhalten, sondern auch dessen, was ihre Eltern, in deren Stelle sie treten, auf solche Art empfangen haben. Bei der gesetzlichen Erbfolge ist dieß im §. 790 ausdrücklich angeordnet, es muß daher auch bei der Ausmessung des Pflichttheiles gelten, da dieser nach §. 765 nur ein aliquoter Theil des Intestaterbtheiles ist, und bei der entgegengesetzten Ansicht die Inconsequenz eintreten könnte, daß ein Enkel als Pflichttheil einen größeren Betrag aus der Verlassenschaft anzusprechen berechtiget wäre, als sein gesetzlicher Erbtheil aus eben dieser Verlassenschaft ausmachen würde[1]). Außerdem kommen derlei Vorausempfänge der näheren Descendenten ohnehin auch mittelbar meistens den entfernteren Abstämmlingen zu guten. Die Anrechnung hat demnach in der Art zu geschehen, daß sämmtliche Vorausempfänge der Söhne und Töchter sowohl als der Enkel zu dem (wirklichen) Nachlasse hinzugeschlagen und sohin zuvörderst der auf jeden Stamm entfallende Pflichttheil bestimmt wird, welcher dann unter die Zweige dieses Stammes abermals mit Rücksicht auf die Vorausempfänge der einzelnen Glieder vertheilt werden muß. Hätte z. B. der verstorbene Sohn des Erblassers B 2000 fl., von den beiden hinterlassenen Kindern desselben (beziehungsweise Enkeln des Erblassers) E und F aber der erstere 1000 fl., dann der zweite Sohn C 2000 fl., der dritte Sohn D und der Enkel F dagegen nichts erhalten, und der Nachlaß betrüge 25.000 fl., so entfielen als Pflicht-

---

im vorhinein erhalten hat, der Pflichttheil nach der von uns vertheidigten Anrechnungsart 2000 fl. betragen; und es hätte C noch 500 fl., D noch 1000 fl. und E die vollen 2000 fl. aus der Verlassenschaft zu fordern, was eine Summe von 3500 fl. voraussetzt; es zeigt sich daher ein Abgang von 3000 fl. Nach der in Frage stehenden Rechnungsweise ergibt sich nun das Verhältniß von

3500 fl. : 500 fl. = 500 fl. : x (für C)
3500 fl. : 500 fl. = 1000 fl. : y (für D)
3500 fl. : 500 fl. = 2000 fl. : z (für E)

und es erhält demnach C $71\frac{3}{7}$ fl., D $142\frac{6}{7}$ fl. und E $285\frac{5}{7}$ fl., wodurch der Nachlaß mit 500 fl. erschöpft ist.

b) Nach einer andern Methode (Nippel, Erläut. Bd. 5, S. 147 und der Aufsatz im Jurist, Bd. 4 S. 244) sucht man man sich dadurch zu helfen, daß man den (oder die mehreren) überbegünstigten Notherben aus der Berechnung ganz wegläßt, und den Pflichttheil so berechnet, als ob dieser Notherbe (diese Notherben) gar nicht vorhanden wäre. In unserem Beispiele müßten demnach B, C und D ganz außer Acht gelassen werden, da bezüglich ihrer der Ausgleich nach §. 793 nicht möglich ist, und es würde daher nur E den Pflichttheil u. z. mit 250 fl. ($^{500}/_{2}$) anzusprechen haben.

c) Eine dritte Rechnungsart schlägt Härdtl (a. a. O. S. 66) vor, und zwar unter zwei Formen. Auf dem ersten Wege wird zuerst dem vom Erblasser am mindesten betheilten Notherben so viel von der Verlassenschaft im voraus zugetheilt, als nöthig ist, um ihn dem im Betrage der Anrechnungspost ihm zunächst stehenden Notherben gleich zu stellen; man schreitet auf diese Weise so lange fort, als die Verlassenschaft hinreicht, und vertheilt, wenn der Rest derselben nicht groß genug ist, um alle auf derselben Stufe der Anrechnung stehenden Notherben so zu betheilen, daß sie der nächsten höheren Stufe der Anrechnung gleichgestellt, oder mit dem vollen Pflichttheile befriedigt werden, den Rest unter diese Notherben in gleiche Theile. In unserem Beispiele beträgt der für jeden Erben entfallende Pflichttheil 2000 fl. Hierauf erhält der schon weit reichlicher bedachte B nichts weiter, dagegen C nach Abschlag der schon erhaltenen 1500 fl. noch 500 fl., D über die voraus empfangenen 1000 fl. noch 1000 fl. und E die vollen 2000 fl.; alle Notherben zusammen also 3500 fl., wozu die Verlassenschaft von 500 fl. nicht hinreicht. Es sollte daher der Notherbe E, um ihn mit dem D auszugleichen, 1000 fl. erhalten, wozu aber der vorhandene Nachlaß pr. 500 fl. nicht hinreicht, der ihm deßhalb ganz überantwortet wird. — Nach der zweiten Form der Aushilfsrechnung wird der zur Deckung der noch unbefriedigten Notherben abgängige Betrag, also im obigen Falle 3000 fl., durch die Zahl der unbefriedigten Notherben (hier 3) in gleiche Theile getheilt, und jedem Notherben dieser gleiche Theil des gemeinschaftlichen Verlustes (das ist 1000 fl.) von dem für ihn berechneten besonderen Pflichttheile abgezogen. Bei dem Erben C ist der auf ihn entfallende besondere Pflichttheil (500 fl.) kleiner, als der ihn treffende Antheil am Verluste (1000 fl.), der C wird also bei der Vertheilung der Verlassenschaft übergangen; aber auch D erhält aus derselben nichts, da sein Pflichttheil pr. 1000 fl. dem ihn treffenden Antheil am Verluste (1000 fl.) eben gleich ist; und der ganze Nachlaß pr. 500 fl. fällt also dem letzten Notherben E zu.

[1]) Würde z. B. in dem oben S. 412 d. W. erwähnten Beispiele der Sohn B, der 3000 fl. als anrechnungsfähige Gabe empfangen hat, mit Hinterlassung eines Enkels E vor dem Erblasser verstorben sein, so erhielte dieser bei der gesetzlichen Erbfolge von dem Intestaterbtheile pr. $5666\frac{2}{3}$ fl. nach Abzug der Anrechnungspost seines Vaters pr. 3000 fl., nur einen Betrag von $2666\frac{2}{3}$ fl., während er, ohne Rücksicht auf die Anrechnung als Pflichttheil $2833\frac{1}{3}$ fl., also um $166\frac{2}{3}$ fl. mehr erhalten würde. — Vgl. auch den Aufsatz von M. Goak: Versuch einer Widerlegung der Behauptung: daß Enkel den Pflichttheil ohne Anrechnung des ihren Eltern gegebenen anrechnungsfähigen Betrages erhalten müssen. (Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1833, II., S. 336.) Der Verfasser gründet seine Ansicht vorzüglich auf das von uns, wenigstens nicht in dem behaupteten Umfange anerkannte Repräsentationsrecht, gelangt aber zu denselben Resultaten wie wir.

theil auf den Stamm B 5000 fl. Hievon kommt vorerst der Vorausempfang des B mit 2000 fl. in Abzug zu bringen, so daß noch ein Betrag pr. 3000 erübrigt, von welchem jeder Zweig des gedachten Stammes die Hälfte mit 1500 fl. anzusprechen hat. Da aber F bereits 1000 fl. erhalten, so müssen diese abermals in Abzug gebracht werden; es gebühren ihm also nur mehr 500 fl., während F den vollen Betrag von 1500 fl. zu fordern berechtigt ist. Diese beiden Beträge zusammen geben in der That auch 2000 fl., das ist jene Summe, welche von dem Pflichttheile pr. 5000 fl. nach Abzug sämmtlicher, dem Stamm B zugewendeten Vorausempfänge (nämlich der 2000 fl. des B und der 1000 fl. des E) übrig bleibt. Auf diese Weise ergibt sich, daß, wie Härdtl a. a. O. S. 111 ganz richtig bemerkt, jeder Enkel sich nur die Vorausempfänge seiner Eltern, nicht aber auch jene der mit ihm in demselben Stamme vereinigten Seitenverwandten abziehen zu lassen verpflichtet ist, daß sich aber demungeachtet auch bei der Pflichttheilsberechnung unter entfernteren Abstämmlingen ebenso, wie bei jener unter Kindern des ersten Grades jeder Abstämmling ohne Unterschied einen verhältnißmäßigen Abzug von seinem Pflichttheile gefallen lassen müsse, wenn durch die Betheilung eines Notherben aus der Seitenverwandtschaft mit einer anrechnungsfähigen Gabe die Verlassenschaft zur Deckung der noch unbefriedigten Pflichttheilsansprüche der übrigen Notherben unzureichend geworden wäre.

8. Hat einer von den vorhandenen Notherben (z. B. C in dem von uns vorausgesetzten Falle) seinen Pflichttheilsanspruch verwirkt, so kann auch sein Vorausempfang, wie uns scheint, nicht conferirt werden, denn ein solcher ist nach der ausdrücklichen Bestimmung des §. 767 bei der Ausmessung des Pflichttheiles so zu betrachten, als wenn er gar nicht vorhanden wäre; der Vorausempfang eines gar nicht mehr vorhandenen Notherben, der auch keine zum Pflichttheile berechtigten Abstämmlinge hinterlassen hat (s. oben Z. 7), kann aber bei der Anrechnung durchaus nicht in Erwägung kommen, wie sich schon aus dem S. 407 d. W. entwickelten Begriffe der Anrechnung ergeben dürfte. Der für dieses Kind gemachte Aufwand ist, wie Winiwarter (bürgl. Recht, Bd. 3, S. 388) bemerkt, für das Gesammtvermögen als verloren anzusehen und diejenigen, welche darum weniger erhalten, müssen sich diesen Verlust als die Folge eines sie treffenden Zufalles gefallen lassen [1]).

§. 790.

[Anrechnung] zum Erbtheile bei der gesetzlichen Erbfolge.

Die Anrechnung bei der Erbfolge der Kinder aus einem letzten Willen geschieht nur dann, wenn sie von dem Erblasser ausdrücklich verordnet wird. Dagegen muß auch bei der gesetzlichen Erbfolge ein Kind sich dasjenige, was es von dem Erblasser bei

---

[1]) Winiwarter will diese Anschauungsweise nur dann gelten lassen, wenn der im voraus betheilte Notherbe vor dem Erblasser gestorben, also wirklich nicht mehr vorhanden ist, nicht aber auch dann, wenn er zwar noch am Leben, aber von dem Pflichttheilsanspruche nach §. 767 ausgeschlossen ist; allein beide Fälle scheinen uns auf gleiche Weise behandelt werden zu müssen, da sie das Gesetz in dem eben angeführten §. in der That einander gleichgestellt hat. Nach Winiwarter's Ansicht, der auch Härdtl (a. a. O. S. 119 u. ff.) beigetreten ist, kömmt übrigens in dem fraglichen Falle der Pflichttheil so zu berechnen, wie wenn der ausgeschlossene Notherbe einen solchen anzusprechen hätte; sein Vorausempfang wird also zum (wirklichen) Nachlasse hinzugeschlagen, die also gewonnene Summe dann aber auch durch die doppelte Anzahl aller Kinder (mit Einschluß des Hinwegfallenden) getheilt. — Gerade hierin scheint uns aber ein Widerspruch zu liegen, da der Verfasser in dem Falle, wenn keine Anrechnung Platz greift, den ausgeschlossenen Notherben bei der Berechnung des Pflichttheiles nicht mitzählt (bürgl. Recht, Bd. 3, S. 338 und 339). Winiwarter meint übrigens weiter, daß der auf den hinwegfallenden Notherben nach Abzug seines Vorempfanges etwa noch erübrigende Rest seinen Geschwistern oder deren Abstämmlingen zu guten kommen, und sohin unter sie in dem Verhältnisse vertheilt werden müsse, als sie auf den Pflichttheil Anspruch haben. In unserem S. 412 d. W. erwähnten Falle würde also, wenn C, der 2000 fl. im voraus empfangen hat, nach §. 767 vom Pflichttheile ausgeschlossen wäre, der nach Abzug seines Vorempfanges übrig bleibende Rest pr. 833⅓ fl. seinen Geschwistern B und D zu gleichen Theilen zufallen, so daß der Pflichttheil eines jeden dadurch um 416⅔ fl. vermehrt wird, und B, ungeachtet er schon 3000 fl. im voraus bekommen hat, noch 250 fl., D aber den ganzen Betrag von 3250 fl. erhielte. Nach Nippel's Ansicht soll dagegen von dem oberwähnten Reste (pr. 833⅓ fl.) nur die Hälfte (pr. 416⅔ fl.) den übrigen Notherben zu guten kommen, und zwischen dieselben in zwei gleiche Theile zu 208⅓ fl. getheilt werden, die andere Hälfte dagegen das Verfügungscapital des Erblassers vergrößern; B erhielte demnach über Abzug der vorausempfangenen 3000 fl. noch 41⅔ fl., D den vollen Betrag pr. 3041⅔ fl.; und das Verfügungscapital des Erblassers würde sich auf 8916⅔ fl. erhöhen, wodurch der Nachlaß pr. 12.000 fl. erschöpft würde.

dessen Lebenszeit zu den oben (§. 788) erwähnten Zwecken empfangen hat, anrechnen lassen. Einem Enkel wird nicht nur das, was er unmittelbar selbst, sondern auch, was seine Eltern, in deren Stelle er tritt, auf solche Art empfangen haben, in den Erbtheil eingerechnet.

1. Insoweit der Erblasser frei über sein Vermögen zu verfügen berechtiget ist, kann er dasselbe auch nach seinem Belieben unter seine Kinder vertheilen; er kann also auch die Anrechnung sowohl der im §. 787 als der in den §§. 788 und 789 erwähnten Gaben denselben **ausdrücklich** erlassen (vgl. §. 792). Aber auch, wenn er nichts darüber verfügt hat, wird angenommen, daß er entweder durch Anweisung ungleicher Erbtheile die einem einzelnen Kinde zugedachten Vorausvermächtnisse oder die von demselben schon bei Lebzeiten erhaltenen Vorschüsse wieder ausgleichen, oder aber, daß er aus ihm bekannten Gründen ein Kind vor dem andern begünstigen wollte, was ihm allerdings frei steht, so weit er dadurch den Pflichttheilsanspruch der übrigen nicht verletzt. Die Anrechnung greift also bei der **testamentarischen** Erbfolge nur dann Platz, wenn und inwiefern sie der Erblasser **ausdrücklich** angeordnet hat [1]); doch braucht diese Anordnung nicht nothwendig in dem Testamente selbst, sondern sie kann auch anderswo getroffen sein [2]).

2. Hat der Erblasser seine Notherben **auf den Pflichttheil eingesetzt**, und außerdem auch noch einem oder dem andern ein Vermächtniß hinterlassen, so wird dieses als ein Vorausvermächtniß angesehen und **nicht** in den Pflichttheil eingerechnet, wenn nicht eine entgegengesetzte Verfügung des Erblassers vorliegt [3]). **Nippel** [4]) meint zwar den §. 787 hier anwenden zu müssen, welcher bestimmt, daß alles, was die Notherben durch Legate oder andere Verfügungen des Erblassers wirklich aus der Verlassenschaft erhalten, bei der Bestimmung ihres Pflichttheiles in Rechnung gebracht werden müsse; zumal es sonst geschehen könnte, daß das mit einem Vermächtnisse bedachte Kind **mehr** aus der Verlassenschaft erhielte, als den Pflichttheil, was mit der Anordnung des Erblassers, daß es eben **nur** den Pflichttheil, d. i. jenen Betrag, den es nach dem Gesetze zu fordern berechtiget ist, erhalten solle, im Widerspruch stünde. Allein hiergegen kommt zu bemerken, daß der §. 787 von einer ganz verschiedenen Voraussetzung ausgeht, und sich, wie schon oben S. 407 d. W. hervorgehoben wurde, auf die Betrachtung gründet, daß es gleichgiltig ist, unter welcher Gestalt der Pflichttheil hinterlassen werde. Ist demnach der Notherbe **nicht** zum Erben eingesetzt, aber mit einem Vermächtnisse bedacht worden, so ist allerdings zu vermuthen, daß der Erblasser den Titel des Legates gewählt habe, um ihn mit seinem Pflichttheilsanspruche zu befriedigen [5]). Ganz anders verhält sich aber die Sache, wenn der Notherbe ausdrücklich zum Pflichttheile berufen, und ihm **überdieß** ein Vermächtniß zugewendet wurde. Der Titel aus welchem der Notherbe seinen Anspruch zu

---

[1]) In dem wechselseitigen Testamente der Eheleute M war unter anderem bestimmt worden, daß jedes der vier Kinder bei seiner Standesveränderung oder nach erlangter Großjährigkeit 8000 fl. erhalten solle; weiters wurde bestätigt, daß der Sohn B diese 8000 fl. durch den Ankauf einer Mühle bereits erhalten habe, und hinzufügt, „daß er noch 12.000 fl. in die Masse schuldig sei.“ Es handelte sich nun darum, ob B sich die restirenden 4000 fl. in seinen Erbtheil müsse einrechnen lassen? Der oberste Gerichtshof entschied (unter dem 10. Februar 1857, Z. 1139, in Nr. 85 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1858 und in **Glaser's** und **Unger's** Smlg. Nr. 292) in diesem Sinne, von der Ansicht ausgehend, daß die oberwähnte Verfügung des Erblassers der **ausdrücklichen** Anordnung der Anrechnung des fraglichen Betrages in den Pflichttheil gleichkomme.

[2]) S. die Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 11. Juli 1854, Z. 6182, in **Glaser's** und **Unger's** Samlg. Nr. 27. — Von der entgegengesetzten Ansicht geht die Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 17. August 1851, Z. 1056, in Nr. 15 der Ger. Halle v. J. 1857 aus. In dem dort mitgetheilten Rechtsfalle war das einer Tochter des Erblassers gegebene Heiratsgut in dem Ehevertrage als „auf Rechnung des väterlichen Antheiles“ gegeben bezeichnet, dagegen im Testamente die Anrechnung nicht vorgeschrieben worden. Der oberste Gerichtshof erkannte, daß eine Anrechnung **nicht** stattzufinden habe, weil der Heiratsvertrag ein Testament weder ist noch sein kann, und daher bei der Verlassenschaft nach dem Testator keine Wirkung zu äußern vermag.

[3]) S. **Dolliner**: Ob Vermächtnisse, die von den Eltern den auf den Pflichttheil zu Erben eingesetzten Kindern nebenbei hinterlassen sind, in den Pflichttheil einzurechnen seien oder nicht? (Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1837, I., S. 151 und II., S. 364.)

[4]) Nachtrag zur Behauptung, daß Vermächtnisse, die von den Eltern den auf den Pflichttheil eingesetzten Kindern hinterlassen werden, wenn aus der letztwilligen Anordnung nicht deutlich das Gegentheil erhellet, in den Pflichttheil einzurechnen sind (Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1838, II., S. 1).

[5]) S. **Winiwarter**, bürgl. Recht, Bd. 3, S. 395, und **Dolliner's** Gegenbemerkungen zu **Nippel's** o. a. Aufsatze (Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1838, II., S. 16).

erheben berechtiget erscheint, ist nämlich hier nicht, wie im Falle des §. 787, das Gesetz, sondern die letztwillige Verfügung, und die Bezeichnung des Pflichttheiles dient nur als Maßstab zur Berechnung des dem Eingesetzten gebührenden Erbtheiles. Bei der testamentarischen Erbfolge findet aber die Anrechnung eben nicht ohne ausdrückliche Verfügung des Erblassers statt, und es ist durchaus kein Widerspruch, wenn der auf den Pflichttheil eingesetzte und mit einem Vermächtnisse bedachte Notherbe aus der Verlassenschaft mehr als den Pflichttheil erhält, weil ihm ein doppelter Erbrechtstitel zu Statten kommt. Als Erbtheil erhält er allerdings nicht mehr als den Pflichttheil, aber neben dem Erbtheile gebührt ihm auch noch das Vermächtniß, das ihm der Erblasser gleichfalls zugewendet hat (§. 648).

3. Eine Ausnahme von den bisher erörterten Bestimmungen des §. 790 tritt in Ansehung des Heiratsgutes ein, welches Eltern ihren Töchtern vermachen, weil dieses nach §. 671, wofern es nicht ausdrücklich als ein Vorausvermächtniß erklärt worden, in den letztwilligen Erbtheil eingerechnet wird. Wir haben schon oben (S. 276 d. W., insbesondere in der Anmerkung 2) versucht, den Grund dieser ausnahmsweisen Bestimmung zu ermitteln, und verweisen daher auf das dort gesagte.

4. Die Art, wie die Anrechnung in den testamentarischen Erbtheil zu geschehen hat, ist im Gesetze nicht näher bestimmt, sie scheint demnach aus dem Begriffe dieses Rechtsinstitutes entwickelt werden zu müssen, und dem zufolge in einer einfachen Subtraction des der Anrechnung unterliegenden Betrages von dem aus der Verlassenschaft zu entrichtenden Erbtheile zu bestehen.

5. Bei der gesetzlichen Erbfolge braucht die Anrechnung der Vorausempfänge des §. 788 nicht insbesondere verordnet zu werden, wohl aber kann sie der Erblasser unter der im §. 792 nachfolgenden Beschränkung ausdrücklich erlassen. Hat er dießfalls keine besondere Verfügung getroffen, so vermuthet das Gesetz, daß er alle seine Kinder gleichmäßig behandelt wissen wollte, zumal die Intestaterbfolge überhaupt auf der Voraussetzung einer gleichen Zuneigung des Erblassers zu den auf derselben Verwandtschaftsstufe zu ihm stehenden Personen beruht. Wenn er daher auch für eines oder das andere seiner Kinder eine Auslage gemacht hat, welche zu den im §. 788 aufgeführten Anrechnungsposten gehört, so ist nicht anzunehmen, daß er das damit betheilte Kind vor den übrigen bevorzugen wollte, sondern man kann vielmehr mit Recht vermuthen, der Erblasser würde auch für jedes der übrigen Kinder einen gleichen Aufwand gemacht haben, wenn es sich in dem nämlichen Falle befunden hätte. Es ist also ganz begründet, daß durch die Anrechnung des vorausempfangenen jene Ausgleichung herbeigeführt werde, welche dem Principe der Intestaterbfolge entspricht.

6. Die Art der Anrechnung in den gesetzlichen Erbtheil ist im §. 793 bestimmt, und wird bei diesem §. näher erörtert werden.

7. Treten entferntere Abstämmlinge des Erblassers als Intestaterben desselben auf, so erhalten sie nach den §§. 733 und 734 denjenigen Erbtheil, welchen der nähere Descendent, an dessen Stelle sie getreten sind, erhalten hätte, wenn er am Leben geblieben wäre. Hiermit steht es denn im vollen Einklange, wenn einem Enkel nicht nur das, was er unmittelbar selbst, sondern auch, was seine Eltern, in deren Stelle er tritt, auf solche Art empfangen haben, in den Erbtheil eingerechnet wird, und zwar, wie schon oben S. 419 d. W. bemerkt wurde, um so mehr, als den entfernteren Abstämmlingen die Gaben, welche ihre Vorfahren empfangen haben, meistens schon mittelbar (z. B. durch eine bessere Erziehung u. dgl.) zu guten kommen.

8. Concurrirt ein Kind des Erblassers mit dem überlebenden Ehegatten desselben (§. 757), so scheint es, daß letzterer die Anrechnung nicht fordern könne[1]), denn nur in Ansehung der Kinder unter einander streitet die Vermuthung, daß

[1]) S. Winiwarter, bürgl. Recht, Bd. 3, S. 396, und Nippel, Erläut. Bd. 5. S. 136 gegen Zeiller, Comment. Bd. 2, S. 815. — Auch Unger (Erbrecht, S. 203, Anmerkg. 5) pflichtet unserer Ansicht bei.

sie der Erblasser alle einer gleichen Behandlung unterzogen wissen wollte; der Gatte erhält aber ohnedieß nicht immer einen gleichen Antheil mit den Kindern, und diesen nur zum lebenslangen Genusse, daher auch die im §. 793 vorgeschriebene Anrechnungsart auf den überlebenden Ehegatten gar keine Rücksicht nimmt.

9. Auch die Eltern sind zur Anrechnung der im §. 789 erwähnten Gaben verpflichtet; da hierunter jedoch nur solche Leistungen begriffen sind, die schon mit Rücksicht auf den gebührenden Pflichttheil gemacht wurden, so dürfte die Eingangsbestimmung des §. 790 auf dieselben nicht anwendbar sein, und die Einrechnung derselben auch bei der testamentarischen Erbfolge so lange stattfinden, als nicht der gegentheilige Wille des Erblassers erhellet. Noch minder dürfte es einem Zweifel unterliegen, daß deren Anrechnung bei der gesetzlichen Erbfolge Platz zu greifen habe, wenn sie der Erblasser nicht ausdrücklich erlassen; doch scheint auch hier die Beschränkung Platz zu greifen, daß die Eltern zu dieser Anrechnung nur dem andern Elterntheile, nicht auch dem concurrirenden Ehegatten gegenüber verpflichtet seien. Dagegen kann der Schlußsatz des §. 790 auf die entfernteren Notherben der aufsteigenden Linie keine analoge Anwendung finden, diese daher nicht verhalten werden, sich nicht nur das anrechnen zu lassen, was sie selbst empfangen haben, sondern auch dasjenige, was dem vorverstorbenen näheren Ascendenten, durch welchen sie mit dem Erblasser in Verbindung stehen, zugewendet wurde, weil hier nicht der gleiche Grund wie bei den Descendenten (s. oben Z. 7) eintritt.

10. Auch bei dem gesetzlichen Erbtheile der Ehegatten findet eine Anrechnung statt, worüber jedoch bei der Erläuterung des §. 758 (oben S. 353 d. W.) das nöthige bemerkt wurde.

§. 791.

Was Eltern außer den erwähnten Fällen einem Kinde zugewendet haben, wird, wenn die Eltern nicht ausdrücklich die Erstattung sich ausbedungen haben, für eine Schenkung gehalten, und nicht angerechnet.

1. Die zur Anrechnung geeigneten Leistungen sind in den §§. 788 und 789 namentlich aufgeführt; andere als die daselbst erwähnten Gaben sind daher der Anrechnung nicht unterworfen, wenn sie der Erblasser nicht etwa bei der Verabreichung derselben ausdrücklich zur Bedingung gemacht. Hierher gehören, wie Zeiller (Comment. Bd. 1, S. 817) bemerkt, auch die obschon bei der Verehelichung eines Kindes verwendeten Kosten auf Braut- und Bräutigamsgeschenke, auf Hochzeitsmale, oder auch zur Bestellung einer Morgengabe, Widerlage, oder eines Witwengehaltes, jährliche Beträge u. s. w.

2. Leistungen, deren Erstattung sich die Eltern (oder Kinder) ausdrücklich bedungen haben, sind als wahre Schulden nach §. 784 zu behandeln, und daher nicht ideell zu conferiren, sondern wirklich in die Masse einzubezahlen; Geschenke dagegen unterliegen der Anfechtung nach §. 951, da diese Gesetzstelle nicht unterscheidet, ob das Geschenk einem Notherben, oder einer anderen Person verabreicht wurde.

§. 792.

Die Eltern können einem Kinde die Anrechnung auch bei der gesetzlichen Erbfolge ausdrücklich erlassen. Wenn aber die nöthige Erziehung und Versorgung der übrigen Kinder weder aus ihrem eigenen, noch aus dem Vermögen der Eltern bestritten werden könnten; so muß das Kind dasjenige, was es zu den im §. 788 erwähnten Zwecken im Voraus empfangen hat, sich in dem Maße anrechnen lassen, als es zur Erziehung und Versorgung für die Geschwister nothwendig ist.

1. Der Zweck der Anrechnung ist, wie schon oben S. 408 d. W. entwickelt wurde, ein doppelter, nämlich sowohl zwischen den Notherben unter einander, als zwischen dem Pflichttheilsanspruche derselben und dem Verfügungsrechte des Erblassers das richtige Verhältniß herzustellen. Insofern man nun den letzteren Zweck vor Augen hat, ist es klar, daß der Erblasser die Anrechnung stillschweigend

(indem er sie bei der testamentarischen Erbfolge nicht insbesondere anordnet) oder ausdrücklich (bei der gesetzlichen Erbfolge) erlassen kann, weil er dadurch nur auf ein ihm zustehendes Recht Verzicht leistet. Aus dieser Betrachtung folgt aber auch anderseits die Beschränkung, daß durch eine solche Nachsicht dem Pflichttheile der übrigen Notherben nicht zu nahe getreten werden dürfe, weil jedermann wohl auf seine Rechte, nicht aber auch auf jene anderer Personen verzichten kann. Es scheint also, daß — wie Winiwarter (bürgerl. Recht, Bd. 3, S. 398) behauptet — der Pflichttheil vorerst so berechnet werden müsse, als wenn die Anrechnung nicht erlassen worden wäre, nämlich durch Hinzuschlagung auch derjenigen Posten, auf welche sich eben die fragliche Nachsicht bezieht. Zeigt sich sohin, daß der also berechnete Pflichttheil größer ist als der Intestaterbtheil, welcher bei erlassener Anrechnung auf die nichtbegünstigten Notherben entfällt, so haben diese das Recht, aus der, dem Erblasser zu seiner freien Verfügung überlassenen Hälfte des Gesammtvermögens die Ergänzung desselben zu fordern. Hätte z. B. der Erblasser auf die im §. 788 angeführte Art seinem Sohne B bei Lebzeiten 8000 fl., seinem Sohne C 1000 fl., dem D aber nichts gegeben, und ein Vermögen von 3000 fl. hinterlassen, so betrüge der Pflichttheil eines jeden Kindes nach der oben entwickelten Anrechnungsmethode $\frac{8000 + 1000 + 3000}{6} = 2000$ fl., und dieser soll jedem derselben ungeschmälert bleiben. Hätte nun der Erblasser durch ein Codicill dem B die Anrechnung der vorausempfangenen 8000 fl. erlassen, so würde — wie sich bei Erläuterung des §. 793 zeigen wird — die Vertheilung des Nachlasses pr. 3000 fl. in der Art Platz greifen, daß zuvörderst der noch unbetheilte D zur Ausgleichung mit dem C einen Betrag von 1000 fl. erhielte, wornach die übrig bleibenden 2000 fl. unter B, C und D zu gleichen Theilen vertheilt würden, also jeder $666^2/_3$ fl. bekäme. C würde demnach mit Hinzurechnung seines Vorausempfanges nur $1666^2/_3$ fl. und D mit Einschluß seiner Vorausbetheilung dieselbe Summe erhalten, daher jeder in seinem Pflichttheilsanspruche um $333^1/_3$ fl. verkürzt werden, was sich nach §. 779 und 786 als unstatthaft darstellt. Die Vertheilung dürfte also viel mehr in der Art vorzunehmen sein, daß C noch 1000 fl. und D die vollen 2000 fl. auf seinen Pflichttheil erhielte, wodurch der Nachlaß freilich erschöpft ist, und B leer ausgehen muß; allein er hat auch schon eine so bedeutende Summe im vorhinein empfangen, daß ihm nicht nur der gleiche Pflichttheil mit den übrigen Kindern (pr. 2000 fl.), sondern auch das ganze der freien Verfügung des Erblassers anheimgegebene Vermögen desselben (pr. 6000 fl.) zu Theil wird, weßhalb er eben auch aus dem Nachlasse nichts weiter mehr zu fordern berechtigt sein kann.

2. Das Gesetz scheint aber in dem zweiten Absatze des §. 792 noch weiter gegangen zu sein; wenn nämlich der auf obige Weise berechnete Erbtheil nicht genügt, um die nöthige Erziehung und Versorgung der übrigen im voraus nicht betheilten Kinder zu bestreiten, und diese auch weder ein eigenes hinreichendes Vermögen besitzen (§. 150), noch aus dem Vermögen ihrer Eltern (§§. 141—143) gehörig erzogen und versorgt werden können, so muß das begünstigte Kind sich dasjenige, was es zu den im §. 788 erwähnten Zwecken im voraus empfangen hat, in dem Maße anrechnen lassen, als es eben zur Erziehung und Versorgung für die Geschwister nothwendig ist. Winiwarter (bürgl. Recht, Bd. 3, S. 399) meint nun, diese Verbindlichkeit gehe so weit, „daß nicht nur der Vorausempfang eines unverhältnißmäßig begünstigten Kindes zur Verlassenschaft hinzugeschlagen werden (s. oben Z. 1), sondern ein solches Kind auch die Erziehung und Versorgung seiner Geschwister nach Verhältniß seines Vorausempfanges und insoweit der verstorbene Elterntheil zur Erziehung und Versorgung seiner Kinder verbunden gewesen wäre, übernehmen müsse.“ Allein hiergegen scheinen uns, ungeachtet der von dem Verfasser entwickelten Billigkeitsgründe, wichtige Bedenken zu sprechen. Erstens legen nämlich die §§. 141—143 immer nur den Eltern, nirgends aber den Ge-

schwistern die Pflicht zur Erziehung und Versorgung auf; zweitens heißt es im §. 792 nur, daß sich das begünstigte Kind den Vorausempfang zu dem gedachten Zwecke anrechnen lassen müsse, worunter aber immer nur ein „veranschlagen", ein „in Rechnung bringen", nirgends aber eine „Erstattung" oder die „Uebernahme einer reellen Leistung" verstanden wird, welche vielmehr der §. 793 ausdrücklich und ohne alle Unterscheidung ausschließt; endlich dürften die Billigkeitsgründe, welche überhaupt zu der letztgenannten Verfügung des §. 793 Anlaß gaben (s. oben S. 418 d. W.), den Gesetzgeber auch vermocht haben, im §. 792 nur die Vornahme der Anrechnung, nicht aber auch die wirkliche Uebernahme der Erziehung und Versorgung, oder die Herauszahlung eines bestimmten Betrages zu diesem Zwecke zu verfügen[1]). Die Anordnung des §. 792 scheint uns also nur die Wirkung zu haben, daß der im voraus betheilte sich die Anrechnung des empfangenen insoweit gefallen lassen müsse, als es die Erziehung und Versorgung der Geschwister erheischt; daß also die von ihm erhaltenen Gaben nach §. 793 (ganz oder zum Theile) in Anschlag zu bringen seien, ungeachtet der Erblasser das Gegentheil verfügt hat, und daß, wenn die Verlassenschaft nicht hinreichend ist, um die in jenem §. angeordnete Ausgleichung zu bewerkstelligen, das früher begünstigte Kind keinen Erbtheil ansprechen, aber auch zu keiner Erstattung verhalten werden kann.

3. Ebensowenig kann ich der weiteren Ansicht Winiwarter's (a. a. O. S. 401) beipflichten, daß die Großeltern die Erziehung ihrer Enkel nur dann zu übernehmen schuldig seien, wenn weder das wirklich vorhandene Vermögen der Kinder, noch auch das, was sie von andern zu fordern haben, zur Bestreitung der Erziehung und Versorgung derselben zureicht, daß also die Geschwister vor den Großeltern die ihnen im §. 792 auferlegte Pflicht zu übernehmen haben; denn einerseits wird hier der bestimmt ausgedrückten Verfügung des Erblassers entgegen getreten, was nur dann geschehen kann, wenn die äußerste Nothwendigkeit dazu vorhanden ist, und anderseits bestimmt der §. 792 ausdrücklich, daß die Anrechnung erst dann Platz zu greifen habe, wenn die nöthige Erziehung und Versorgung der Kinder aus dem Vermögen der Eltern nicht bestritten werden könnte, worunter aber nach §. 42 nicht nur die Eltern des ersten Grades, sondern auch die entfernteren Ascendenten zu verstehen sind.

4. Das Maß der im §. 792 erwähnten „nöthigen" Erziehung und Versorgung darf ungeachtet dieses Ausdruckes wohl nicht auf das strenge Bedürfniß eingeschränkt werden, sondern dieser Ausdruck ist wahrscheinlich in dem Sinne zu nehmen, daß er jenen Betrag andeutet, welcher „nothwendig" ist, um den Kindern eine Erziehung und Versorgung zu verschaffen, welche ihrem Stande bei dem geringsten, zu einer anständigen Erziehung und Versorgung noch hinreichenden Vermögen entspricht.

§. 793.

Die Anrechnung des Empfangenen zum Erbtheile geschieht dadurch, daß jedes Kind den nämlichen Betrag noch vor der Theilung erhält. Ist die Verlassenschaft dazu nicht hinreichend; so kann zwar das früher begünstigte Kind keinen Erbtheil ansprechen, aber auch zu keiner Erstattung angehalten werden.

1. Schon nach römischem Rechte sind die Descendenten des Erblassers, welche mit einander zur Erbfolge berufen sind, verpflichtet, das bei Lebzeiten des Erblassers empfangene zu conferiren, und die Collation geschah entweder durch Bestellung einer Caution (cautione), oder durch sofortige Einlieferung des zu conferirenden Gegenstandes (re) in natura oder dem Werthe nach. Unsere Gesetzgebung ist zwar diesem Principe treu geblieben, hat aber eine einfachere Berechnungsmethode

---

[1]) Winiwarter selbst hebt deßhalb (a. a. O. S. 400) hervor, daß hierbei mit möglichster Schonung des schon zum voraus betheilten Kindes vorzugehen sei, weil es der Regel nach für das nicht betheilte Kind leichter sein wird, sich einer Beschränkung zu unterziehen, als für das zum voraus begünstigte Kind eine Last zu übernehmen.

gewählt; denn da die Conferirungspost einerseits zu dem Nachlasse hinzugeschlagen, anderseits aber wieder von dem Erbtheile des im voraus begünstigten in Abzug gebracht werden muß, so stellt sie sich eigentlich als eine durchlaufende Post dar, welche nur der Rechnung wegen in Betrachtung kömmt. Der §. 793 hat deßhalb die Anordnung getroffen, daß behufs der Anrechnung jedes Kind den nämlichen Betrag noch vor der Theilung erhalten soll, wodurch derselbe Zweck, die Ausgleichung unter den Notherben, erreicht wird. Hat der Erblasser z. B. drei Söhne B, C und D und ein Vermögen von 12.000 fl. hinterlassen, und den Sohn B bei Lebzeiten mit 3000 fl. betheilt, so kämen eigentlich diese 3000 fl. zu dem Nachlasse pr. 12.000 fl. zu conferiren; dieser steigerte sich dadurch auf 15.000 fl., und jedes Kind erhielte demnach 5000 fl. Der B braucht nun seine voraus empfangenen 3000 fl. nicht einzuliefern, sondern muß sich dieselben nur von seinem Erbtheile pr. 5000 fl. wieder in Abzug bringen lassen, so daß er aus dem Nachlasse nur 2000 fl. erhält, während dem C und D je 5000 fl. zugewiesen werden, wornach die Verlassenschaft pr. 12.000 fl. erschöpft ist. Dieses Ziel wird nach der Weisung des §. 793 einfacher dadurch erreicht, daß C und D vor der Theilung jeder 3000 fl. erlangen, um sie dem vorbegünstigten B gleichzustellen; der sonach erübrigende Rest des Nachlasses pr. 6000 fl. wird dann unter die Notherben zu gleichen Theilen vertheilt, so daß jeder 2000 fl. erhält. Demnach entfallen auch nach dieser Rechnungsmethode auf den B 2000 fl., auf den C 3000 fl. + 2000 fl. = 5000 fl., und auf den D ebenfalls 5000 fl., d. i. 3000 fl. als Vorausbetheilung und 2000 fl. als Antheil am Reste des Nachlasses.

2. Sind mehrere Kinder des Erblassers bei Lebzeiten desselben, und zwar mit ungleichen Beträgen betheilt worden, so ist der höchste dieser Beträge als Maßstab der Vorausbetheilung anzunehmen. Hätte also im obigen Falle nicht nur B 3000 fl., sondern auch C 1000 fl., im vorhinein empfangen, so erhält C vor der Theilung noch 2000 fl., D dagegen volle 3000 fl., und der Rest des Nachlasses pr. 7000 fl. wird unter alle drei Kinder gleich vertheilt, wornach jedes derselben $2333\frac{1}{3}$ fl. erhält, und mithin alle einander gleichgestellt erscheinen.

3. Ist die Verlassenschaft nicht hinreichend, um jedem Kinde noch vor der Theilung den nämlichen Betrag zuzuwenden, so könnte eine vollständige Ausgleichung unter den Intestaterben freilich nur dadurch bewirkt werden, daß der Vorausempfang in den Nachlaß wieder eingeliefert wird; allein das Gesetz hat aus den schon wiederholt angeführten Gründen die Bestimmung getroffen, daß ein früher begünstigtes Kind in keinem Falle zu einer Erstattung angehalten werden könne, sondern daß es nur keinen weiteren Erbtheil anzusprechen habe [1]); es ist also lediglich aus der Berechnung wegzulassen, und die Vertheilung so vorzunehmen, als ob es nicht vorhanden wäre. Würde bei einer Vorausbetheilung des B mit 3000 fl. und des C mit 1000 fl. der Nachlaß nur 4000 fl. betragen, so reichte er nicht hin, um eine Ausgleichung zu bewerkstelligen, wozu 5000 fl. erforderlich wären. B kann also zwar zu keiner Erstattung verhalten werden, hat aber auch nichts mehr aus dem Nachlasse zu fordern, und ist somit nicht weiter zu berücksichtigen. Demnach erhält D noch vor der Theilung 1000 fl., und von dem Reste des Nachlasses pr. 3000 fl. jedes der Kinder C und D die Hälfte mit 1500 fl.

4. Da einem Enkel nach §. 790 nicht nur das, was er selbst, sondern auch, was seine Eltern, in deren Stelle tritt, zu den im §. 788 erwähnten Zwecken empfangen haben, in den gesetzlichen Erbtheil eingerechnet wird, so muß in einem solchen Falle als Ausgleichungsmaßstab diejenige Summe angenommen werden, welche der ganze Stamm empfangen hat. Wäre z. B. der Erblasser mit Hinterlassung zweier Söhne C und D, und zweier Enkel E und F (von einem vorverstorbenen

[1]) Zu einer solchen Erstattung kann es auch dann nicht verhalten werden, wenn es die Erbschaft unbedingt angetreten hat. S. die Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 3. Juli 1855, Z. 4855, in Glaser's und Unger's Samlg. Nr. 107.

Sohne B) und eines Vermögens von 12.000 fl. mit Tode abgegangen, und hätte der Sohn B 2000 fl., der Enkel E 1000 fl., und der zweite Sohn C auch 1000 fl. im voraus erhalten, so hat der volle Betrag pr. 3000 fl., den der Stamm B im vorhinein empfangen hat (nämlich 2000 fl. des B und 1000 fl. des E), als Ausgleichsmaßstab zu dienen; C erhält mithin noch 2000 fl. und D 3000 fl. vor der Theilung, und von dem Reste des Nachlasses pr. 7000 fl. der Stamm B, sowie der Sohn C und D jeder $2333\frac{1}{3}$ fl. Hiervon werden aber wieder dem Enkel F vorerst 1000 fl. zugewiesen, um ihn mit seinem Bruder E auszugleichen, und der Rest pr. $1333\frac{1}{3}$ fl. wird unter E und F gleich vertheilt, wornach jeder $666\frac{2}{3}$ fl. erhält.

5. Hätte einer der entfernteren Descendenten einen so großen Betrag im vorhinein erhalten, daß der auf den Stamm desselben entfallende Antheil nicht genügt, um seine Geschwister gleichmäßig zu betheilen, so kann das früher angeführte Verfahren nicht in Anwendung gebracht werden, weil sonst den nicht begünstigten Enkeln auch das in Anrechnung gebracht würde, was einer ihrer Seitenverwandten empfangen hat. Dieß wäre jedoch der Vorschrift des Gesetzes durchaus nicht entsprechend. Ein solcher Enkel müßte demnach der Weisung des §. 793 gemäß bei der Vertheilung als gar nicht vorhanden betrachtet, und diese unter die übrigen Intestaterben verhältnißmäßig vorgenommen werden. Hätte z. B. im obigen Falle der Sohn C 1000 fl., der von dem früher verstorbenen Sohne B abstammende Enkel E 5000 fl., dessen Bruder F aber, sowie der dritte Sohn D nichts erhalten, und der Nachlaß betrüge 6000 fl., so wird E als nicht existirend betrachtet, D in vorhinein mit 1000 fl. betheilt, und der Rest des Nachlasses pr. 5000 fl. in der Art vertheilt werden, daß jeder Sohn das Doppelte von dem erhält, was dem noch nicht betheilten Enkel des B zukömmt; daher dem F 1000 fl., dem C und D je 2000 fl. zugewiesen werden.

§. 794.

Bei jeder Anrechnung wird, wenn das Empfangene nicht im baren Gelde, sondern in andern beweglichen oder unbeweglichen Sachen bestand, der Werth der letzteren nach dem Zeitpuncte des Empfanges, der ersteren dagegen nach dem Zeitpuncte des Erbanfalles bestimmt.

1. Der Anrechnung unterliegen nach obigem sowohl die Vorausempfänge der §§. 788 und 789, als dasjenige, was die Notherben durch Legate oder andere Verfügungen des Erblassers wirklich aus der Verlassenschaft erhalten (§. 787); auf die letzterwähnten Gaben hat aber die Anordnung des vorstehenden §. offenbar keine Anwendung, weil sie von bereits empfangenen, nicht von erst zu empfangenden Gegenständen spricht. Allein es bedurfte auch keiner besondern Vorschrift für die Bestimmung ihres Werthes, denn diese geschieht unter einem mit der Schätzung der ganzen Verlassenschaftsmasse bei der Abhandlung des Nachlasses, wovon im nächsten Hauptstücke die Rede sein wird [1]).

2. Bei der Anrechnung der Vorausempfänge unterscheidet das Gesetz zwischen barem Gelde, dann (anderen) beweglichen und unbeweglichen Sachen.

a) Bei barem Gelde ist in der Regel keine weitere Bestimmung nothwendig, da dieses ja selbst den Werthmesser bildet. Hierbei wird jedoch wohl vorausgesetzt werden müssen, daß nicht etwa in den Geldverhältnissen eine gesetzliche Veränderung vorgegangen sei. Wäre dieses der Fall, so müßte nach der Analogie der §§. 988 und 989 die Bestimmung in der Art vorgenommen werden, daß dem Empfänger dasjenige angerechnet wird, was er wirklich an innerem Werthe erhalten hat. Deßhalb müßten hierbei auch die bei dem IX. Abs. des Kundmachungspatentes zum a. b. G. B. (Bd. I, S. 18 d. W.) angeführten Finanzgesetze berücksichtiget werden [2]). Zu dem

---

[1]) S. F. K. Prockner: Ansichten über die Zeit und den Umfang der Werthbestimmung anzurechnender Gaben zu einem Erb- oder Pflichttheile (Jurist, Bd. 4, S. 16).
[2]) Sehr ausführlich hat diesen Gegenstand Prockner a. a. O. S. 36 bis 40 behandelt.

baren Gelde sind übrigens öffentliche Obligationen (Staats-Schuldverschreibungen) nicht zu zählen, wie aus den §§. 229, 230, 371, 680, 985 und 1227 erhellet. Dieselben müssen also gleich den übrigen beweglichen Sachen behandelt werden; da nun der Werth dieser letzteren nach dem Zeitpunkte des Erbanfalles bestimmt wird, so entscheidet auch hier der Courswerth, wie er sich in dem eben gedachten Zeitpunkte darstellt. Bei abgetretenen Privatforderungen wird wohl in der Regel ihr Nennwerth in Anschlag zu bringen sein; könnte jedoch von dem Erben erwiesen werden, daß er dieselben ohne sein Verschulden entweder gar nicht oder nur zum Theile einzubringen vermochte, so käme ihm auch im ersten Falle gar nichts, im zweiten Falle aber nur so viel anzurechnen, als er wirklich erhielt [1]).

b) Bewegliche Sachen sind zufolge der ausdrücklichen Anordnung des Gesetzes nach dem Zeitpunkte des Erbanfalles zu bewerthen. Diese Vorschrift legt Winiwarter (bürgl. Recht, Bd. 3, S. 405) dahin aus „daß derlei Gegenstände nach dem Werthe in Anschlag gebracht werden müssen, den sie zur Zeit des Erbanfalles hätten, wenn sie noch in dem Zustande vorhanden wären, in dem sie sich zur Zeit des Empfanges befanden.“ Wenn der Verfasser hiermit behaupten will, daß die fraglichen Vorausempfänge auch dann anzurechnen seien, wenn sie zu Grunde gegangen (verzehrt), oder sonst aus dem Besitze des Erben gekommen (veräußert worden) sind, so stimmen wir dieser Ansicht vollkommen bei, denn der Erbe wäre sonst unter solchen Umständen von der Anrechnung ganz losgezählt, was aber weder dem Willen des Erblassers, noch der Anordnung des Gesetzes entspräche. Ist jedoch der anzusprechende Gegenstand noch wirklich vorhanden, so sollte er eigentlich in die Verlassenschaftsmasse eingeliefert (conferirt) werden, und dann würde der Werth desselben gerade so, wie der aller übrigen Verlassenschaftsstücke (durch die bei der Abhandlung vorzunehmende Schätzung) erhoben werden; an die Stelle dieser Einlieferung tritt nun die Anrechnung; es scheint uns also ganz folgerecht, wenn das Gesetz den zur Zeit des Erbanfalles (d. i. der Zeit, wo die Conferirungspflicht für den Erben in Wirksamkeit tritt) bestehenden Werth als den entscheidenden ansieht, und wir können darin der Ansicht Winiwarter's (a. a. O.) nicht beipflichten, daß der Empfang nach §. 788 immer nach dem Werthe in Anschlag gebracht werden sollte, den er zur Zeit der Leistung wirklich hatte. Deßhalb sehen wir, aber auch in der Bestimmung des §. 794 keine Begünstigung des Notherben, dem die Abnützung durch den ordentlichen Gebrauch der Sache, oder die zufällige Verschlimmerung derselben nicht zum Nachtheil gereichen soll, sondern ein solcher kann, unserer Meinung zufolge, den Notherben wirklich treffen, wenn z. B. die empfangenen Einrichtungsstücke aus der Mode gekommen sind, und deßhalb an ihrem Werthe verloren haben; allein es ist dieß nur eine nothwendige Folge des Umstandes, daß der Erbe Eigenthümer der ihm übergebenen Sachen geworden ist, und als solcher (nach §. 1311) die zufälligen Verschlimmerungen derselben zu tragen hat. Deßhalb scheint es uns aber auch anderseits gerecht und billig, daß in dem Falle, als der Werth der anzurechnenden Gegenstände zur Zeit des Erbanfalles höher steht, als zur Zeit des Empfanges, dennoch dieser höhere Werth in Anschlag gebracht werde; immer vorausgesetzt, daß die fragliche Sache auch wirklich vorhanden ist. Dem Empfänger scheint hierbei, selbst wenn die Werthserhöhung durch sein Zuthun erfolgte (z. B. wenn er dem ihm gegebenen Edelsteine durch eine zweckmäßige Fassung einen höheren Werth verschaffte) kein Unrecht zu geschehen, denn er besitzt ja eben in dem erhöhten Werthe des Gegenstandes das Aequivalent für die gehabten Auslagen und könnte einen Ersatz derselben nur dann ansprechen, wenn er die Sache herausgeben müßte, was aber nach §. 793 niemals der Fall ist. Anders wäre es freilich, wenn die fraglichen Gegenstände nicht mehr vorhanden wären; denn würde in diesem Falle z. B. der einer Tochter zehn Jahre vor dem Tode des Erblassers

---

[1]) S. Prockner, a. a. O. S. 43.

zum Heiratsgute gegebene Wein, der zur Zeit des Erbanfalles um ein Drittheil mehr werth ist, als er zur Zeit des Empfanges war, zu diesem höheren Werthe angeschlagen, so würde ihr allerdings etwas angerechnet, was sie nie empfangen, es würde ein Vortheil in Anschlag gebracht, den sie nie genossen hat und dieß kann dem Geiste des Gesetzes nicht entsprechen. Der Werth solcher Gegenstände wäre also wohl nach dem Zeitpunkte des Empfanges zu bemessen.

c) Dieser Zeitpunkt ist auch bei unbeweglichen Sachen der entscheidende. Es fällt wohl schwer, den Grund aufzufinden, warum das Gesetz hierbei einen solchen Unterschied gemacht habe. Wollte es etwa die oft schwierigen und meist kostspieligen Schätzungen unbeweglicher Güter vermeiden, die allerdings dann entfallen, wenn schon bei der Uebergabe eine Werthsermittlung stattgefunden hat? oder ging man von der Betrachtung aus, daß der Werth der Realitäten ohnehin ein constanterer ist, daß sie durch Abnützung nicht leiden, daß es also keinen besonderen Unterschied macht, ob man den einen oder den anderen der in Frage stehenden Zeitpunkte zu Grunde legt? oder sollte der Besitzer dadurch zur Verbesserung seines Grundbesitzes aufgemuntert werden, daß selbst im Falle vorgenommener Meliorirungen nicht der dadurch erhöhte, sondern nur der ursprüngliche Werth derselben in Anschlag gebracht wird? Vielleicht haben alle drei Gründe zusammengewirkt, um die fragliche Anordnung hervorzurufen.

3. Hätte der Erblasser selbst den Werth der anzurechnenden Gaben festgesetzt, so dürfte sich der Empfänger diese Werthbestimmung nicht gefallen lassen, wenn er sich dadurch in seinem Pflichttheilsanspruche beeinträchtiget glaubte [1]); denn der Pflichttheil muß bekanntlich nach §. 774 von jeder Bedingung und Belastung frei bleiben; aber auch die concurrirenden Notherben könnten eine solche Bestimmung anfechten, wenn sie sich dadurch in ihrem Pflichttheile verletzt erachteten [2]); weil dieser ohne Rücksicht auf die entgegenstehenden Verfügungen des Erblassers ausgemessen werden muß. Abgesehen von einem oder dem andern dieser Fälle hätte die von dem Testator getroffene Bestimmung wohl als Richtschnur zu gelten, da der Wille desselben überhaupt maßgebend ist, so lange er nicht die vom Gesetze gezogenen Gränzen überschreitet.

§. 795.

Anspruch des Notherben auf den nothwendigen [Unterhalt].

Einem Notherben, der von seinem Pflichttheile selbst gesetzmäßig ausgeschlossen wird, muß doch immer der nothwendige Unterhalt ausgemessen werden.

1. Die in den §§. 139—143 ausgesprochene Verpflichtung der Eltern, ihren Kindern, sowie die im §. 154 enthaltene Pflicht der Kinder, ihren Eltern den erforderlichen Unterhalt zu verschaffen, ist auch dann noch vorhanden, wenngleich die gedachten Personen erbsunfähig wären, oder sich des Erbrechtes unwürdig gemacht hätten, weil sonst die Last dieses Unterhaltes auf die Gemeinde oder den Staat fallen würde. Es mag also unter einer solchen Voraussetzung dem Erblasser immerhin gestattet sein, dem Notherben selbst den ihm sonst gebührenden Pflichttheil im Wege der gesetzlichen Enterbung zu entziehen (s. S. 376 d. W.); dieß kann aber nicht so weit gehen, daß dadurch die eben erwähnte Folge herbeigeführt würde. Der ausgeschlossene Notherbe ist demnach immerhin berechtiget, aus dem Nachlasse seinen Unterhalt zu verlangen; doch erstreckt sich dieser Anspruch selbst bei den ehelichen Kindern nicht wie sonst auf den anständigen (§§. 139 und 154), sondern nur auf den nothwendigen Unterhalt, d. i. auf denjenigen, der zur Bestreitung der unentbehrlichen Lebensbedürfnisse hinreicht.

2. Auf keinen Fall dürfte sich der in Frage stehende Anspruch höher stellen, als auf den Pfichttheil, und es scheint daher nicht richtig zu sein, was Nippel

[1]) Dieß könnte nämlich durch eine zu hohe Werthsbestimmung allerdings geschehen.
[2]) Dieß wäre hier umgekehrt durch einen zu geringen Werthansatz möglich.

(Erläut. Bd. 5, S. 153) behauptet, daß in dem Falle, als der Erblasser den Notherben bloß auf den Pflichttheil beschränkte, dieser aber nicht hinreichte, demselben den nothwendigen Unterhalt zu verschaffen, der Notherbe sich mit dem Pflichttheile zu begnügen nicht angehalten werden könnte, sondern dafür den nothwendigen Unterhalt anzusprechen berechtiget wäre; denn die gegenseitige Unterhaltspflicht der Eltern und Kinder erlischt mit dem Tode, und auf den Nachlaß steht beiden nach der klaren Verfügung des Gesetzes nur das Recht zu, den Pflichttheil zu fordern, dieser mag zum Unterhalte hinreichend sein oder nicht. Auch der gesetzmäßig ausgeschlossene muß sich daher mit dem gleichen Betrage begnügen, da die Absicht des Gesetzgebers offenbar nicht dahin gehen konnte, den enterbten vor dem nicht enterbten zu begünstigen [1].

3. Eine Ausnahme greift nur in Ansehung der unehelichen Kinder Platz, weil die Verbindlichkeit, sie zu verpflegen und zu versorgen, nach §. 171 gleich einer andern Schuld auf die Erben der Eltern übergeht (s. die Erläuterung dieses §. Bd. I, S. 287 d. W.).

4. Hinsichtlich der Frage, woher in dem oben angegebenen Falle der dem ausgeschlossenen Notherben gebührende Unterhalt zu nehmen sei, dürfte mit Winiwarter (bürgl. Recht, Bd. 3, S. 409) unterschieden werden, ob nebst dem gedachten Notherben noch andere vorhanden sind, denen der Pflichttheil des ausgeschlossenen zu guten kömmt, oder ob dieß nicht der Fall ist. Unter der erstgedachten Voraussetzung scheint es nämlich billig, daß die concurrirenden Notherben, die von der fraglichen Ausschließung Vortheil ziehen, auch die Last des Unterhaltes übernehmen; im zweiten Falle dürften aber nach der Analogie des §. 783 sowohl die eingesetzten Erben als auch die Legatare verhältnißmäßig zu dessen Entrichtung beizutragen haben.

§. 796.

[Anspruch] des Ehegatten auf den anständigen Unterhalt.

Ein Ehegatte hat zwar kein Recht auf einen Pflichttheil; es gebührt ihm aber, wenn für den Fall des Ueberlebens keine Versorgung bedungen worden ist, und so lange er nicht zur zweiten Ehe schreitet, der mangelnde anständige Unterhalt. Ein aus seinem Verschulden geschiedener Ehegatte hat darauf keinen Anspruch.

1. Es ist schon oben (S. 366 d. W.) erwähnt worden, daß der Entwurf zu unserem a. b. G. B. dem überlebenden Ehegatten noch ein Recht auf den dritten Theil dessen einräumte, was ihm in Ermanglung eines letzten Willens zugekommen wäre; der vorstehende §. verfügt dagegen ausdrücklich, daß der Ehegatte kein Recht auf einen Pflichttheil habe, vermuthlich weil es ohnehin gewöhnlich ist, daß in den Ehepacten für den Fall des Ueberlebens Vorsorge getroffen werde. Ist dieses geschehen, so kann unter dem Vorwande, daß die bedungene Versorgung nicht hinreiche, den anständigen Unterhalt zu decken, von der einmal getroffenen Verabredung nicht einseitig abgegangen werden. Sollten sich daher die Vermögens- oder Standesverhältnisse der Gatten während des Bestandes ihrer Ehe dergestalt verändert haben, daß die in den Ehepacten getroffene Vorsorge diesen geänderten Verhältnissen nicht mehr entspräche, so ist es Sache der Gatten, ein neuerliches Uebereinkommen zu schließen.

2. Wurde dagegen für den Fall des Ueberlebens keine Versorgung bedungen, so kann der überlebende Theil, sei es der Gatte oder die Gattin, aus der Verlassenschaft den anständigen Unterhalt fordern, jedoch nur unter folgenden Voraussetzungen:

a) daß dieser Unterhalt nicht aus seinem eigenen Vermögen oder anderen ihm zustehenden Einkünften bestritten werden könne, weil das Gesetz ihm nur ein Recht auf den mangelnden anständigen Unterhalt einräumt;

b) daß der fragliche Ehetheil nicht zu einer zweiten Ehe schreite; denn ist es die Witwe, welche sich wieder verehelicht, so hat sie in Hinkunft von ihrem

[1] S. Winiwarter, bürgl. Recht, Bd. 3, S. 408.

neuen Ehegatten den Unterhalt anzusprechen (§. 91); verheiratet sich aber der Gatte zum zweiten Male, so gibt er eben dadurch zu erkennen, daß er seine neue Gattin erhalten könne, also selbst keinen Mangel am Unterhalte leide.

c) Endlich ist zur Begründung des fraglichen Rechtes auch noch erforderlich, daß der überlebende Ehetheil nicht aus seinem Verschulden geschieden sei. Wurde die Scheidung durch Urtheil ausgesprochen, so muß in diesem zugleich ausdrücklich darüber erkannt werden, ob der eine oder der andere Ehegatte oder jeder Theil, oder keiner von beiden an der Scheidung Schuld trage (Hfd. vom 23. August 1819, Nr. 1595 der J. G. S.). War dagegen die Scheidung eine einverständliche, so kann weiter von einem Verschulden des einen oder andern Theiles keine Rede sein, und es gelten hier alle bereits oben S. 356 d. W. gemachten Bemerkungen. Wurde die Ehe für ungiltig erklärt oder getrennt, so entfällt jeder Anspruch aus dem vorliegenden §., da dieser „Ehegatten", also ein noch wirklich bestehendes eheliches Verhältniß voraussetzt.

3. Da der eben erörterte Anspruch auf den anständigen Unterhalt an die Stelle des früher eingeräumten Pflichttheiles getreten ist, so meint Winiwarter (bürgl. Recht, Bd. 3, S. 411), daß er, wie auch die Einschaltung des §. 796 in das Hauptstück vom Pflichttheile bestätiget, wenigstens in einiger Hinsicht, die Natur eines Erb- oder Pflichttheiles an sich trage, daß er also in keinem Falle den gesetzlichen Erbtheil übersteigen dürfe, welchen die §§. 757 und 758 dem überlebenden Ehegatten zuweisen. Dagegen wurde in einem in der österr. Ger. Ztg. 1852, Nr. 28 mitgetheilten Rechtsfalle von Seite des obersten Gerichtshofes entschieden, daß der rückgelassene Ehegatte nicht schuldig sei, sich mit dem gesetzlichen Erbrechte zu begnügen, sondern daß er, wenn der Erbtheil nicht genügt, aus der Masse das fehlende des anständigen Unterhaltes fordern könne. Der Berichterstatter sucht diese Entscheidung damit zu rechtfertigen, daß die Erben, wenn sie die Erbschaft angenommen haben, den Erblasser vorstellen, daß demnach die Verbindlichkeit, dem überlebenden Ehegatten den vollen anständigen Unterhalt zu verschaffen, auf die Erben übergehe. Wir möchten jedoch hiergegen erinnern, daß die Unterhaltspflicht aus dem ehelichen Verhältnisse entspringt, welches aber eben durch den Tod des einen Ehegatten aufgelöst ist, daß mithin diese Verbindlichkeit nicht wie eine Schuld als auf dem Nachlasse haftend angesehen werden kann. Hierzu kömmt noch, daß der Gesetzgeber in den erwähnten §§. 757 und 758 genau bestimmt, was dem zurückgelassenen Ehegatten aus dem Nachlasse des Verstorbenen gebührt, ohne zu unterscheiden, ob es zu seinem Unterhalte hinreicht oder nicht, daher auch ein höherer Anspruch sich nicht als gerechtfertiget darstellen dürfte.

4. Die Frage, wer zur Bestreitung des mehrerwähnten Unterhaltes beizutragen habe, möchte auch hier nach der Analogie des §. 783 dahin zu entscheiden sei, daß sowohl die Erben als auch die Vermächtnißnehmer verhältnißmäßig zu concurriren haben; und die Behauptung Zeiller's [1]), daß in dem Falle, wo Kinder den Pflichttheil erhalten, der Unterhalt des überlebenden Ehegatten ganz aus der andern Hälfte der Verlassenschaft genommen werden müsse, dürfte sich kaum rechtfertigen lassen; denn die Verbindlichkeit zur Leistung des anständigen Unterhaltes muß, so weit sie reicht, als eine auf dem Nachlasse überhaupt haftende Last angesehen werden, und es scheint kein Grund vorhanden, sie nur einer oder der andern Classe der Erbnachfolger aufzubürden. Nur in dem Falle scheint eine Ausnahme Platz zu greifen, wenn Ascendenten des Erblassers als dessen Notherben einschreiten; denn ihr Pflichttheil wird ohnehin durch die Concurrenz des Ehegatten geschmälert (s. S. 370 d. W.), und der Antheil, den dieser nach der gesetzlichen Erbfolge erhalten würde, kommt nicht ihnen, sondern den übrigen eingesetzten Erben zu

---

[1]) In Pratobevera's Mat. Bd. 6, S. 329.

guten; es scheint daher auch billig, daß diese letzteren allein die Bestreitung des fraglichen Unterhaltes auf sich nehmen [1]).

5. Da es allerdings richtig ist, daß der im §. 796 bestimmte Unterhalt an die Stelle des in dem Entwurfe unseres G. B. dem Gatten noch zugewiesenen Pflichttheiles getreten ist, und daß er daher wenigstens zum Theile die Natur eines Erbtheiles (im weiteren Sinne) an sich trage, so scheint es immerhin gerechtfertiget, wenn Winiwarter (a. a. O. S. 413) behauptet, daß die Unfähigkeit zu erben auch den Anspruch auf den fraglichen Unterhalt ausschließe, wiewohl eine eigentliche Enterbung in Ansehung desselben nicht Platz greifen kann, da diese nach §. 771 nur insoweit stattfindet, als sie in den Worten und dem Sinne des Gesetzes gegründet erscheint; doch glauben wir noch beifügen zu müssen, daß in einem solchen Falle nach Analogie des §. 795 dem selbst gesetzmäßig von dem Anspruche auf den anständigen Unterhalt ausgeschlossenen Gatten doch immer der nothwendige Unterhalt ausgemessen werden müsse.

Fünfzehntes Hauptstück.

Von Besitznehmung der Erbschaft.

§. 797.

Bedingungen zur rechtlichen Besitznehmung einer Erbschaft.

Niemand darf eine Erbschaft eigenmächtig in Besitz nehmen. Das Erbrecht muß vor Gericht verhandelt und von demselben die Einantwortung des Nachlasses, das ist, die Uebergabe in den rechtlichen Besitz, bewirket werden.

1. Das Erbrecht gibt bloß einen Titel zur Erlangung der Erbschaft; um diese wirklich zu erwerben, muß noch als Erwerbungsart die Uebergabe hinzutreten. Diese findet nach österreichischem Rechte nur unter gerichtlicher Intervention statt; denn wenn auch jemand, sei es in einer letzten Anordnung, sei es in einem Erbvertrage, sei es im Gesetze, einen Titel zur Erbschaft besitzt, so könnte es doch sein, daß dieser von andern concurrirenden Erben bestritten würde; außerdem kömmt es auch häufig darauf an, zu ermitteln, worin der eigentliche Nachlaß bestehe, sowie das freivererbliche Vermögen von Lehen, Stiftungen, Fideicommissen u. dgl. auszuscheiden; ebenso müssen oft die Ansprüche der Gläubiger sichergestellt, und es muß dafür gesorgt werden, daß der Wille des Erblassers, so weit er sich nicht als gesetzwidrig darstellt, auf das genaueste vollzogen werde; endlich benützt die Staatsverwaltung auch die Erbfälle, um verschiedene Abgaben aus der Verlassenschaft zu beziehen. Der Inbegriff nun aller jener gerichtlichen Handlungen, welche dazu dienen, den Nachlaß eines Verstorbenen (oder rechtlich für todt erklärten) zu erheben und sicher zu stellen, und denjenigen Personen zuzuwenden, welche einen rechtmäßigen Anspruch darauf haben, bildet die s. g. Abhandlung der Verlassenschaft (Verlassenschaftsabhandlung).

2. Die Uebergabe des Nachlasses in den rechtlichen Besitz des Erben geschieht durch die s. g. Einantwortung des Nachlasses (den gerichtlichen Einsatz), d. i. den Schluß der eben erwähnten Verlassenschaftsabhandlung, von welcher im Verlaufe (namentlich bei der Erläuterung des §. 819) weiter die Rede sein wird.

3. Die Angehörigen und Hausgenossen des Verstorbenen sowohl als dritte Personen haben sich jeder eigenmächtigen Verfügung mit dem Verlassenschaftsvermögen strenge zu enthalten (§. 35 des Pat. vom 9. August 1854, Nr. 208 des R. G. Bl.). Würde sich jemand eigenmächtig in den Besitz einer Erbschaft setzen,

---

[1]) S. Winiwarter, bürgl. Recht, Bd. 3, S. 412.

so würde er, wenn ihm auch ein unbestrittener Erbrechtstitel zu Statten käme, als unechter Besitzer anzusehen kommen.

4. Ebenso muß der Erbe, dem nach §. 810 die Besorgung und Benützung der Verlassenschaft übertragen wurde, dieselbe bis zur Einantwortung immer nur als eine fremde, ihm anvertraute Sache behandeln, für deren Verwaltung er haftet.

§. 798.

Wie weit das Gericht nach einem Todesfalle von Amtswegen vorzugehen habe, und welche Fristen und Vorsichtsmittel bei diesem Abhandlungsgeschäfte zu beobachten sind, bestimmen die besonderen, über das gerichtliche Verfahren bestehenden Vorschriften. Hier wird festgesetzt, was dem Erben oder demjenigen, der sonst einen Anspruch an die Verlassenschaft hat, zu thun obliege, um zu dem Besitze dessen, was ihm gebühret, zu gelangen.

1. Die Bestimmungen über das bei der Abhandlung der Verlassenschaften zu beobachtende Verfahren sind gegenwärtig in dem k. Pat. vom 9. August 1854, Nr. 208 des R. G. Bl., enthalten, welches für alle nicht ungarischen Kronländer in Wirksamkeit besteht [1]).

2. Die einzelnen Acte der Verlassenschaftsabhandlung werden theils von Amtswegen vorgenommen, wie die Todfallsaufnahme, die Kundmachung des letzten Willens u. dgl., theils ist das Ansuchen des Erben oder seines Stellvertreters dazu erforderlich, wie zur Aufnahme der Inventur (in gewissen Fällen), zur Einberufung der Verlassenschaftsgläubiger u. s. w.

3. Die Competenz der Gerichte zur Abhandlung der Verlassenschaften ist in den Jurisdictions-Normen, und zwar in den §§. 77—79 der J. N. für Oesterreich u. s. w. und §§. 70—72 der dalmat. J. N., enthalten. Auch wurde zufolge a. h. Entschl. vom 25. Juni 1853 (Nr. 123 des R. G. Bl.) dem deutschen Orden das Abhandlungsrecht, wie es demselben in den §§. 14 und 15 des Pat. vom 28. Juni 1840 über das frei eigene Vermögen des Hoch- und Deutschmeisters, der Ordensritter und Ordenspriester eingeräumt wurde, ungeachtet der mittlerweile erlassenen Civil- und Militär-Jurisdictions-Normen auch künftig gewahrt. Inwiefern bei den Verlassenschaften der Ausländer die österreichischen Gerichte einzuschreiten haben, bestimmen die §§. 22—25 des o. a. Pat. vom 9. August 1854, dann §. 80 der J. N. für Oesterreich u. s. w., §. 73 der dalmat. J. N., ferner die Justiz-Min. Vdg. v. 30. Nov. 1858, Nr. 222 des R. G. Bl., wornach in dem Falle, wenn die Erbschaftsverhandlung über das, in Oesterreich befindliche bewegliche Vermögen eines Ausländers nach den Staatsverträgen oder in Ausübung des Grundsatzes der Gegenseitigkeit der ausländischen Behörde nicht überlassen wird, für die Zuständigkeit der österreichischen Gerichtsbehörden zur Abhandlung des in Oesterreich befindlichen beweglichen und unbeweglichen Nachlasses eines Ausländers die, für die Abhandlung der Nachlässe von Inländern angeordneten Zuständigkeitsbestimmungen maßgebend sind.

Die Vorschriften über die Zuständigkeit zur Verlassenschaftsabhandlung nach Militärpersonen sind die schon im I. Bande dieses Werkes S. 309 angeführten. — Die gegenwärtig rücksichtlich der Verlassenschaftsabhandlung nach Angehörigen auswärtiger Staaten bestehenden besonderen Verträge und Verordnungen sind im 1. Hefte des 3. Bandes der im Verlage dieses Werkes erscheinenden Taschenausgabe der österreichischen Gesetze zusammengestellt.

---

[1]) Hierdurch sind die früher über diesen Zweig des gerichtlichen Verfahrens in Kraft bestandenen Gesetze außer Wirksamkeit getreten, weßhalb auch die älteren, auf dieselben Bezug nehmenden Werke und Abhandlungen keine praktische Bedeutung mehr haben. Eine Erläuterung des neuen Gesetzes enthält: W. Mitlacher's praktisches Handbuch des gerichtlichen Verfahrens außer Streitsachen, für die sämmtlichen Kronländer des österreichischen Kaiserstaates. Wien, bei Tendler u. C., 1855. — Unger (Dr. Jos.). Die Verlassenschaftsabhandlung in Oesterreich. Ein Votum für deren Aufhebung. Wien, 1862. — Dr. Karl Helm, in Haimerl's Vierteljahrsschr. Bd. 10, S. 198. — Harrasowsky, Grundzüge der Verlassenschaftsabhandlung. Wien, 1862. — Eine transitorische Verfügung über die Wirksamkeit dieses Gesetzes im Gebiete der Stadt Krakau wurde durch die Vdg. des Justizministeriums v. 29. November 1854, Nr. 303 des R. G. Bl., getroffen.

4. Zur Erleichterung der Parteien und zur Beschleunigung des Verfahrens bei Verlassenschaftsabhandlungen ist im §. 28 des Pat. vom 9. August 1854 die Anordnung getroffen, daß gewisse Acte derselben und namentlich alle in Beziehung auf das Verlassenschaftsvermögen erforderlichen unaufschieblichen Vorkehrungen auch dann, wenn die Verlassenschaftsabhandlung nach den Bestimmungen der J. N. von einem andern Bezirksgerichte oder von einem Gerichtshofe zu pflegen, oder einer auswärtigen Gerichtsbehörde zu überlassen ist, dennoch in der Regel demjenigen Bezirksgerichte (Prätur) zustehen, in dessen Bezirke sich der Todesfall ereignet hat; doch können die Gerichtshöfe derlei Acte auf Ansuchen der Betheiligten oder aus wichtigen Gründen von Amtswegen auch durch eigene Abgeordnete vornehmen lassen. Außerdem ist auch (§. 29 ebd.) die Verfügung getroffen, daß in denjenigen Kronländern, in welchen das Notariats-Institut besteht, die öffentlichen Notare nicht nur zur Todesfallsaufnahme, zur Errichtung der Inventur und zur Vornahme von Feilbietungen abgeordnet werden, sondern auch, nachdem von dem Gerichte die Erbserklärung angenommen ist, Verlassenschaftsausweise und Erbtheilungen aufnehmen, und alle zur Erwirkung der Einantwortung erforderlichen Acte dergestalt vorbereiten und zur gerichtlichen Genehmigung vorlegen können, daß der Richter in die Lage gesetzt wird, sogleich über diese Eingabe des Notars mit der Ertheilung der Einantwortungs-Urkunde vorgehen zu können. Inwiefern den Gemeinden und ihren Vorständen eine Mitwirkung in Angelegenheiten der Verlassenschaftsabhandlung zustehen soll, wird erst durch besondere Vorschriften bestimmt werden (§. 31 ebd).

5. Der erste Act der Verlassenschaftsabhandlung ist die Todesfallsaufnahme. Die Gerichte haben dafür zu sorgen, daß ihnen alle in ihrem Bezirke vorkommenden Todesfälle sogleich bekannt werden. Auf dem flachen Lande sollen die Gemeindevorsteher dem Gerichte jeden in ihren Gemeinden eingetretenen Todesfall sogleich anzeigen (§. 34 des o. a. Pat.), wornach dasselbe entweder durch einen Gerichtsabgeordneten, oder durch einen öffentlichen Notar die Todesfallsaufnahme zu veranlassen hat. In wichtigen Fällen können hierzu auch zwei Gerichtsabgeordnete bestellt werden (§. 36 ebd.). Das Bezirksgericht kann innerhalb seines Sprengels einem öffentlichen Notare auch eine allgemeine Ermächtigung zur Aufnahme aller in einem bestimmten Bezirke vorkommenden Todesfälle ertheilen (§. 37 ebd.). Der Abgeordnete, welchem die Todesfallsaufnahme übertragen ist, hat sich zu diesem Ende mit möglichster Beschleunigung, und wenn Gefahr am Verzuge haftet, augenblicklich in die Wohnung des Verstorbenen zu begeben, daselbst mit Zuziehung zweier Hausgenossen oder in deren Ermanglung zweier anderer Zeugen die Erhebung über diejenigen Verhältnisse, welche auf die Verlassenschaftsabhandlung Einfluß nehmen, zu pflegen und nöthigenfalls die Versiegelung des Nachlasses vorzunehmen (§. 38 ebd.). Hierbei ist insbesondere: 1. über Vor- und Zunamen, Stand oder Beschäftigung, Alter und Religionsbekenntniß des Verstorbenen; 2. über den Tag und Ort des erfolgten Todes, den letzten ordentlichen Wohnsitz des Erblassers und alle Verhältnisse, welche die Gerichtscompetenz bestimmen; 3. über den Namen, Stand, Alter und Aufenthaltsort des hinterlassenen Ehegatten, und 4. über Namen, Stand, Alter und Aufenthaltsort der groß- und minderjährigen Kinder des Verstorbenen Erkundigung einzuziehen. Wenn 5. die Erbfolge oder Vormundschaft über des Erblassers Kinder die nächsten Verwandten trifft, ist der Name, Stand, das Alter und der Aufenthaltsort derselben, und wenn zur Zeit der ersten Erhebung der Testamentserbe schon bekannt ist, auch der Wohnort dieses letzteren auszuforschen. Der Gerichtsabgeordnete soll 6. vorläufig im allgemeinen Auskunft darüber zu erhalten suchen, ob der Nachlaß von einiger Bedeutung sei, ob und welche unbeweglichen Güter dazu gehören und ob eine beträchtliche, etwa das Vermögen übersteigende Schuldenlast wahrscheinlich sei. Insofern 7. dem Gerichte die letztwilligen Anordnungen des Erblassers nicht ohnehin bekannt sind, ist die sorgfältigste Nachforschung zu pflegen, ob

ein letzter Wille, ein Erbvertrag, eine Schenkung auf den Todesfall oder Ehepacten vorhanden seien, oder an einem dritten Orte, allenfalls bei einem Gerichte oder öffentlichen Notare, erliegen. 8. Ist Erkundigung darüber einzuziehen, welche Vormundschaften oder Curatelen der Verstorbene versehen habe; ob für dessen Kinder oder Erben bereits Vormünder oder Curatoren benannt seien, und wen die überlebende Witwe zum Mitvormunde vorzuschlagen gedenke; dann 9. ob der Verstorbene über Amtsgelder Rechnung geführt, eine Besoldung, Pension, Stiftung oder Unterhaltsgelder aus öffentlichen Cassen bezogen habe; endlich 10. ob sich in der Verlassenschaft nicht Gegenstände vorfinden, welche eine besondere Anzeige erfordern (§. 39 ebd.). Ueber die angeführten Punkte hat der Gerichtsabgeordnete die Hausgenossen und Angehörigen des Erblassers und andere von dessen Verhältnissen unterrichtete Personen zu vernehmen. Im Falle der Nothwendigkeit sind auch die Schränke und Behältnisse des Erblassers, in welchen eine letztwillige Anordnung, oder andere für die Verlassenschaftsabhandlung wichtige Papiere verwahrt sein können, zu eröffnen und zu besichtigen. Hierbei ist stets mit der erforderlichen Schonung zu Werke zu gehen. Doch können die Abgeordneten, wenn ihnen darin Hindernisse in den Weg gelegt werden, sich angemessener Zwangsmittel, und zwar insofern Gefahr am Verzuge eintritt, selbst ohne vorläufige Genehmigung des Gerichts bedienen (§. 40).

6. Wenn die benannten oder muthmaßlichen Erben ihr Vermögen selbst zu verwalten fähig sind, so ist in der Regel die Verlassenschaftsmasse ohne Anlegung des Gerichtssiegels ihnen oder ihrem mit gehöriger Vollmacht versehenen Geschäftsträger, oder den von dem Erblasser dazu benannten Personen in Verwahrung zu belassen. Nur ist auch in diesem Falle auf die vorgeschriebene Sicherstellung der Verlassenschaftsgebühren Bedacht zu nehmen. Wenn dagegen die Erben ihr Vermögen zu verwalten unfähig, abwesend oder gänzlich unbekannt sind; wenn eine das Vermögen übersteigende Schuldenlast zu besorgen ist, oder andere Umstände besondere Vorsicht fordern, so muß die Verlassenschaftsmasse sogleich versiegelt werden (§. 43 des o. a. Pat.). Wenn der Fall der Versiegelung eintritt, hat der Gerichtsabgeordnete das vorhandene bare Geld, das Gold- und Silbergeräthe, die Prätiosen, öffentlichen und Privat-Schuldscheine und sonst vorhandenen wichtigen Urkunden zu Gericht zu erlegen; andere Verlassenschaftsschriften, Fahrnisse und Geräthschaften aber, insofern es thunlich und zur Versicherung der Theilnehmenden nöthig ist, in einem oder mehreren Zimmern oder an einem andern schicklichen Orte vorsichtig zu verschließen, und durch Anlegung des Gerichtssiegels auf die Thüren, Behältnisse oder Schränke von allen Seiten so zu verwahren, daß ohne Verletzung des Siegels und sichtbare Gewalt nichts entfernt werden kann (§. 45 ebd.). Zugleich hat der Gerichtsabgeordnete die Aufsicht über die Verlassenschaftsmasse und die Besorgung des Hauswesens einstweilen und bis auf weitere Verordnung des Gerichtes einem Hausgenossen des Erblassers oder einer anderen tauglichen Person anzuvertrauen. Dieser werden auch die zur Berichtigung der Leichenkosten und anderer dringenden Auslagen und zur Bestreitung des Hauswesens erforderlichen Beträge aus der Verlassenschaftsgeldern vorgeschossen und diejenigen Fahrnisse übergeben, die ihrer Beschaffenheit nach nicht versperrt werden können, dem Verderben unterliegen oder zum Wirthschafts- oder Geschäftsbetriebe unentbehrlich sind, oder bei welchen keine Gefahr zu besorgen ist (§. 46 ebd.). Ist der künftige Vormund oder Curator der Erben schon zuverlässig bekannt, so können nach Umständen auch alle Verlassenschaftsgegenstände, die nicht zu Gericht zu erlegen sind, unversiegelt in seiner Verwahrung gelassen werden (§. 47 ebd.). Immer sind jedoch unverschlossen gebliebene Fahrnisse nach Thunlichkeit zu verzeichnen. Auch ist sogleich ein Verzeichniß der von dem Gerichtsabgeordneten in Empfang genommenen Gelder, Kostbarkeiten und Urkunden zu verfertigen, mit seiner Unterschrift zu versehen, und dem Erben oder derjenigen Person, welcher die Obsorge über die Verlassenschaft anvertraut wird, zu übergeben (§. 48 ebd.). Ist nur ein Theil der Erben zur Verwaltung seines Vermögens unfähig oder ab-

wesend, oder treten diese Umstände nur bei Pflichttheilsnehmern oder Legataren ein, so kann sich das Gericht mit dem gerichtlichen Erlage eines zur Deckung dieser Ansprüche hinreichenden Theiles dazu geeigneter Verlassenschaftsgegenstände begnügen. Auch dieser Erlag kann jedoch erlassen werden, wenn eine zur Sicherstellung geeignete Verlassenschafts-Realität vorhanden ist (§. 49 ebd.). Die Todesfallsaufnahme darf nur bei Minderjährigen, welche zur Zeit ihres Todes unter väterlicher Gewalt gestanden sind, und kein Vermögen besessen haben, unterbleiben, wenn die Eltern oder andere Betheiligte die Todesfallsaufnahme nicht verlangen (§. 51). Besondere Vorkehrungen sind noch zu treffen, wenn in dem Nachlasse Amtsschriften, Amtsgelder und Cassenschlüssel, dann Schriften, welche die Seelsorge betreffen, Orden, Ehrenkreuze, Medaillen und ähnliche Distinctionszeichen, Kammerherrenschlüssel, Ehrenzeichen der k. k. Truchsessen vorgefunden werden, wenn es sich um den Nachlaß eines Mitgliedes der höheren Geistlichkeit, eines Notars oder von Personen handelt, welche aus öffentlichen Cassen, oder unter öffentlicher Aufsicht stehenden Stiftungen oder Armenfonden, unter was immer für einem Titel, Pensionen, Provisionen, Quiescentengehalte, Unterhaltsgelder, Stiftungsgenüsse, Präbenden, Pfründen, Gratificationen oder ähnliche fortlaufende Zahlungen bezogen haben, endlich bei den Todesfällen der Patental-Invaliden, beurlaubten Soldaten und Hausirer, worüber in den §§. 53—59, 87, 90 und 91 des mehrerwähnten Patentes vom 9. August 1854 die ausführlichen Vorschriften enthalten sind. Ebenso gelten eigenthümliche Anordnungen über die Aufnahme der Todesfälle von Personen, welche in öffentlichen Versorgungs-, Kranken- oder Contumaz-Anstalten sterben (§. 60 ebd.).

7. Ein weiterer wichtiger Act der Verlassenschaftsabhandlung ist die **Kundmachung der letzten Willenserklärung**, wenn eine solche vorhanden ist. **Schriftliche** Testamente und Codicille müssen, sobald über den Tod des Erblassers kein Zweifel obwaltet, selbst wenn denselben ein gesetzliches Erforderniß mangeln sollte, sogleich eröffnet und kundgemacht werden. Wird eine **offene**, letzte Willenserklärung vorgefunden, so hat sie der Gerichtsabgeordnete unmittelbar bei der Todesfallsaufnahme durch Ablesung in Gegenwart zweier Zeugen und der sonst anwesenden Personen kund zu machen. **Gesiegelte** letztwillige Erklärungen müssen, wenn die Todesfallsaufnahme nicht von dem Vorsteher des Gerichtes vorgenommen wird, dem Vorsteher derjenigen Gerichtsbehörde, welcher die Todesfallsaufnahme obliegt, überreicht werden. Dieser hat sie in Gegenwart von zwei Zeugen, deren einer der Ueberbringer sein kann, ohne das Siegel zu beschädigen, zu eröffnen, und den Zeugen vorzulesen, oder durch einen Gerichtsbeamten vorlesen zu lassen. Nur wenn der Inhalt durch die Kundmachung bei dem Gerichte nicht zeitlich genug bekannt werden könnte, ist auch der Gerichtsabgeordnete berechtigt, eine gesiegelte letztwillige Anordnung sogleich selbst zu eröffnen, und kund zu machen. Hat der Erblasser **mehrere** letztwillige Anordnungen hinterlassen, so werden alle, folglich auch diejenigen, welche aufgehoben oder abgeändert zu sein scheinen, kundgemacht (§§. 41 und 61 des Pat. v. 9. August 1854). Die Kundmachung des letzten Willens geschieht ohne Vorladung der Betheiligten. Es bleibt ihnen jedoch unbenommen, sich unaufgefordert dabei einzufinden (§. 62 ebd.). Ueber die Kundmachung des letzten Willens muß ein **Protokoll** aufgenommen, und darin zugleich angeführt werden: 1. die Anzahl und das Datum der vorgefundenen letztwilligen Anordnungen, 2. von wem sie dem Gerichte überreicht wurden, 3. welche Zeugen bei der Eröffnung und Kundmachung zugegen waren, und 4. ob die Urkunden offen oder versiegelt überreicht wurden. 5. Sollte bei der Eröffnung eine Verletzung des Siegels oder an der Urkunde selbst eine Radirung, Correctur oder etwas anderes bedenkliches wahrgenommen werden, so ist auch dieses zu bemerken (§. 63 ebd.). Auf der letztwilligen Anordnung selbst wird sohin der Tag der Kundmachung sowohl als die Anzahl und das Datum der übrigen noch vorhandenen, wenn auch nicht zu

gleicher Zeit vorgefundenen Testamente oder Codicille bemerkt, und diese Anmerkung von dem Richter unterfertigt (§. 64 ebd.). Wird dem Gerichte bekannt, daß der Erblasser seinen letzten Willen mündlich erklärt habe, und liegt darüber ein gehörig verfaßter, von allen Zeugen eigenhändig gefertigter Aufsatz vor, so ist mit der Kundmachung desselben wie bei einem schriftlichen Testamente vorzugehen. Außer diesem Falle ist in der Todesfallsaufnahme der Name, Stand und Wohnort der Zeugen anzugeben; das Gericht hat sie sohin von Amtswegen vorzuladen, jeden derselben sohin allein, vorläufig ohne Beeidigung, über seinen Namen und Stand, über sein Alter, dann über den Inhalt der letzten Willenserklärung und die Umstände, von denen die Giltigkeit derselben abhängt, sowie über Zeit und Ort der von dem Erblasser abgegebenen Erklärung zu vernehmen und das aufgenommene Protokoll kundzumachen (§§. 42 u. 65 ebd.). Verlangt aber eine Partei dem §. 586 des a. b. G. B. gemäß die eidliche Vernehmung der bei der Errichtung der mündlichen letztwilligen Anordnung zugezogenen Zeugen, so hat der Richter ohne vorläufiges rechtliches Verfahren den Bittsteller, die Zeugen, und wenn es ohne Gefahr am Verzuge geschehen kann, die übrigen Parteien, welche wegen des Erbrechtes zu dem Nachlasse bereits eingeschritten sind, vorzuladen, die Zeugen zu beeidigen, und sohin nach den Vorschriften der Proceß-Ordnung jeden derselben ohne Gegenwart der übrigen über die allgemeinen Fragestücke, über den errichteten letzten Willen und die oben erwähnten Umstände zu Protokoll zu vernehmen. Nöthigenfalls kann den Zeugen dabei der über den letzten Willen bereits verfertigte Aufsatz vorgelesen werden. Auch steht den vorgeladenen Parteien frei, vor oder bei der Tagsatzung Fragen vorzuschlagen, welche der Richter, wenn sie zweckmäßig erscheinen, bei der Vernehmung der Zeugen zu berücksichtigen hat. Ist kein Gesuch um Beeidigung der Zeugen überreicht worden, jedoch aus dem Inhalte ihrer Aussage die Betheiligung von Personen ersichtlich, für deren Recht von Amtswegen zu sorgen ist, so hat das Gericht, wenn Gefahr am Verzuge ist, und der Vertreter der gedachten Personen nicht zeitig genug für sie einschreiten kann, einen Curator mit dem Auftrage zu bestellen, im Namen dieser Betheiligten die Beeidigung der Zeugen anzusuchen (§. 66 ebd.). Die auf diese Art erfolgte eidliche Bestätigung einer mündlichen letzten Willenserklärung hat nicht nur in Ansehung derjenigen, welche darum angesucht haben, oder sonst zur Vernehmung vorgeladen worden sind, sondern zwischen allen bei dem Nachlasse betheiligten Personen Beweiskraft. Es bleibt aber jedem Theile unbenommen, die Giltigkeit des abgelegten Zeugnisses oder der Anordnung durch den Beweis obwaltender, bei der Vernehmung der Zeugen nicht vorgekommener Mängel oder entgegenstehender Umstände im rechtlichen Verfahren zu bestreiten (§. 67 ebd.). Die bisher erörterten Vorschriften gelten auch für die Erbverträge der Ehegatten (§. 69 ebd.). Sobald ein Notar in die Kenntniß des Todes einer Person kommt, deren letztwillige Anordnung sich in seinen Acten findet, hat er, ohne erst einen Auftrag abzuwarten, die letzwillige Anordnung sammt dem etwa darüber aufgenommenen Notariatsacte in der Urschrift dem Gerichte, in dessen Bezirk er seinen Standort hat, oder im Falle sich die Abhandlungsbehörde daselbst befindet, dieser sogleich zu übergeben. Bei dem Gerichte wird unverzüglich in Gegenwart des Notars das Protokoll über den Zustand der allenfalls vorhandenen Siegel und über die Entsieglung aufgenommen. Die bei dem Notar bloß hinterlegten letztwilligen Anordnungen haben auch nach der Kundmachung bei dem Gerichte zu bleiben. Von denjenigen mündlichen oder schriftlichen Anordnungen aber, über welche ein Notariatsact errichtet worden ist, ist zum Gebrauche des Gerichtes auf Kosten der Verlassenschaft eine beglaubigte Ausfertigung zu verfassen und bei Gericht zu hinterlegen, die Urschrift aber dem Notar sogleich zurückzustellen. Wird die Kundmachung des letzten Willens nicht von der Abhandlungsbehörde selbst vorgenommen, so hat das Gericht, welches dieselbe vornimmt, die Ausfertigung zu unterzeichnen, und sammt dem Kundmachungsprotokolle der Abhandlungsbehörde zu

übersenden. (§. 111 der Not. Odg. v. 25. Juli 1871, Nr. 75 des R. G. Bl.) Ist eine letztwillige Anordnung von zwei Notaren aufgenommen, so hat der erste Notar sich nach der erwähnten Vorschrift zu benehmen (§. 110 ebend.). Befindet sich die letztwillige Anordnung bereits in dem Notariats-Archive, so hat dieses in der eben entwickelten Weise vorzugehen (§. 151 ebd.).

§. 799.

Ausweisung des Rechtstitels, Erbserklärung.

Wer eine Erbschaft in Besitz nehmen will, muß den Rechtstitel, ob sie ihm aus einer letzten Anordnung; aus einem giltigen Erbvertrage; oder aus dem Gesetze zufalle, dem Gerichte ausweisen, und sich ausdrücklich erklären, daß er die Erbschaft annehme.

§. 800.

Die Antretung der Erbschaft oder die Erbserklärung muß zugleich enthalten, ob sie unbedingt, oder mit Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventariums geschehe.

1. Es ist schon früher angedeutet worden, daß das Erbrecht niemandem aufgedrungen werden könne, zumal dasselbe nach den §§. 547 und 548 nicht bloß Vortheile mit sich bringt, sondern auch bewirkt, daß die Verbindlichkeiten, die der Erblasser aus seinem Vermögen zu leisten gehabt hatte, auf den Erben übergehen. Es wird also von diesem eine ausdrückliche Erklärung (d. s. g. Antretung der Erbschaft oder die Erbserklärung) gefordert, daß er die Erbschaft annehme. Eine bloß stillschweigende Annahme durch die Vornahme gewisser Handlungen, welche nur von einem Erben vorgenommen zu werden pflegen, ist nach unserem Gesetze nicht statthaft.

2. Das Gericht hat demnach, wenn sich nicht schon aus der Todesfallsaufnahme ergibt, daß der Verstorbene kein Vermögen hinterlassen hat (§. 72 des Pat. vom 9. August 1854), oder daß sich ein überwiegender Schuldenstand herausstellen werde (§§. 73 und 74 ebd.), die vermuthlichen Erben von dem Erbanfalle mit der Aufforderung zu verständigen, die Erbserklärung beizubringen, damit die Erbsverhandlung gepflogen werden könne. Als vermuthliche Erben sind, jenachdem die gesetzliche, oder die testamentarische, oder die vertragsmäßige Erbfolge statt hat, diejenigen anzusehen, welche zu der einen oder andern berufen sind (§. 75 ebd.). Sind die Erben großjährig, und ihr Vermögen selbst zu verwalten berechtigt, so ist die Aufforderung zur Abgabe der Erbserklärung an sie selbst zu richten. Die den Minderjährigen oder Pflegebefohlenen angefallenen Erbschaften sind den Vormündern oder Curatoren derselben mit dem Auftrage bekannt zu machen, die Erbserklärung anzubringen. Sollten Vormündern oder Curatoren für dieselben noch nicht bestellt sein, so muß für deren gesetzmäßige Bestellung gesorgt werden. Stehen die Mündel oder Pflegebefohlenen unter einer anderen Gerichtsbarkeit, so ist die Erbschaft von der Abhandlungs-Instanz ihrem zuständigen Gerichte zum Zwecke der Abgabe der Erbserklärung anzuzeigen, und über den Inhalt der allenfalls vorhandenen letzten Willenserklärung die nöthige Aufklärung zu ertheilen (§. 76 ebd.). Ist dem Gerichte die Person eines Erben zwar bekannt, der Aufenthalt desselben aber unbekannt, so ist ein Curator für denselben zu bestellen, welchem zwar, wenn Aussicht vorhanden ist, den Abwesenden ausforschen und ihn von dem Erbfalle verständigen zu können, eine angemessene Frist hierzu bestimmt werden kann. Läßt sich jedoch die Ausforschung des Abwesenden nicht erwarten, oder bleiben die Versuche hierzu ohne Erfolg, so hat das Gericht diesen Abwesenden auf Antrag des Curators, welchem hierin keine Zögerung zu gestatten ist, durch ein auf ein Jahr gestelltes Edict mit dem Beisatze von dem Erbfalle in Kenntniß zu setzen, daß die Erbschaft, wenn er während dieser Zeit weder selbst erscheinen, noch einen Bevollmächtigten bestellen sollte, in seinem Namen von dem Curator angetreten, die Abhandlung gepflogen und der ihm gebührende reine Nachlaß bis zum Beweise seines Todes oder seiner er-

folgten Todeserklärung für ihn bei Gericht aufbewahrt werden würde (§. 131 ebd.). Sind die Erben einer Verlassenschaft dem Gerichte gänzlich unbekannt, so hat das Gericht einen Verlassenschafts-Curator zu bestellen, und die unbekannten Erben von Amtswegen mittelst Edictes mit der Warnung vorzuladen, daß sie sich binnen einem Jahre zu melden und ihre Erbserklärung anzubringen haben, widrigenfalls die Verlassenschaft mit denjenigen, welche sich erbserklärt und ihren Erbrechtstitel ausgewiesen haben, verhandelt, und ihnen nach Maßgabe ihrer Ansprüche eingeantwortet, der nicht angetretene Theil der Verlassenschaft aber, oder wenn sich niemand erbserklärt hätte, die ganze Verlassenschaft vom Staate als erblos eingezogen werden würde. Denjenigen Erben, welche sich etwa später melden, bleiben ihre Ansprüche so lange vorbehalten, als sie durch Verjährung nicht erloschen sind (§. 128 ebd.). Der Verlassenschafts-Curator kann als solcher weder eine Erbserklärung überreichen, noch die von einem andern überreichte Erbserklärung bestreiten (§. 119 ebd.).

3. Ohne Zweifel kann, wie Unger (Erbrecht, S. 148 u. S. 151, Anmerkung 9) richtig hervorhebt, der eventuell oder künftig Berufene nach Eröffnung der Erbfolge auch schon im vorhinein die Erbschaft rechtswirksam antreten, für den Fall der späteren Delation in Folge des Wegfalls des Näherberufenen oder der Erfüllung der Bedingung, sowie im Falle betagter Erbseinsetzung. Es kann demnach der Vulgarsubstitut während der Deliberation des Institute, der bedingt Instituirte vor Eintritt der Bedingung, der Intestaterbe während der Ueberlegung des Testamentserben und der entferntere Intestaterbe vor der Erklärung des näheren sich erbserklären.

4. Die Erbserklärung ist bei den Gerichtshöfen in der Regel schriftlich anzubringen, daher das Gericht dem Erben oder dessen gesetzmäßigem Vertreter eine angemessene Frist zu deren Ueberreichung zu bestimmen hat (§. 115 ebd.). Die Bezirksgerichte haben die Erben oder deren Vertreter zur Abgabe der Erbserklärung in der Regel zu einer Tagsatzung vorzuladen und ihnen in der Vorladung aufzutragen, die zur Nachweisung ihres Erbrechtes etwa erforderlichen Behelfe mitzubringen. Bei der Tagsatzung ist von jedem derselben die Erklärung abzufordern, ob und auf welche Weise er die Erbschaft antreten, oder ob er dieselbe ausschlagen wolle. Das Gericht hat diejenigen unter ihnen, welche nicht mit einem rechtskundigen Sachwalter versehen sind, über die gesetzlichen Folgen der bedingten und unbedingten Erbserklärung und der Einberufung der Verlassenschaftsgläubiger zu belehren, und hiernach ihre Aeußerungen oder Erbserklärungen zu Protokoll zu nehmen. Wo es thunlich ist, soll die Erbserklärung zugleich bei der Todesfallsaufnahme von dem Gerichtsbeamten oder dem dessen Stelle vertretenden öffentlichen Notare aufgenommen werden (§. 116 ebd.). Aber auch bei den Bezirksgerichten steht dem Erben frei, seine Erbserklärung schriftlich zu überreichen. Auch bleibt es, wenn die Erben, oder deren gesetzliche Vertreter zu weit entfernt sind, um sie mündlich vernehmen zu können, dem Ermessen des Bezirksgerichtes überlassen, sie über die Erbserklärung (oder andere Punkte der Abhandlung) entweder durch das Gericht ihres Aufenthaltes vernehmen zu lassen, oder sie zur Bestellung eines Bevollmächtigten in dem Bezirke der Abhandlungsbehörde anzuweisen. Sind im Falle der schriftlichen Abhandlungspflege die Erben oder deren gesetzliche Vertreter nicht an dem Orte wohnhaft, wo die Abhandlungsbehörde ihren Sitz hat, so sind dieselben verpflichtet, auf Anordnung der letzteren einen Bevollmächtigten daselbst zu bestellen, die Abhandlung möge bei einem Gerichtshofe oder bei einem Bezirksgerichte zu pflegen sein (§. 117 ebd.).

5. Dem Erben kann aus erheblichen Gründen eine Bedenkzeit und daher eine Verlängerung der ihm zur Erbserklärung bestimmten Frist oder eine Erstreckung der hierzu angeordneten Tagsatzung bewilliget werden. Doch darf dieselbe nicht länger als auf die Dauer eines Jahres ertheilt werden (§. 118 ebd.). Tritt der Grund einer Fristerweiterung nur bei einem oder dem anderen aus meh-

reren Erben ein, so sind zwar die anderen auch früher über ihre Erbserklärung zu vernehmen, sie können aber wider ihren Willen nicht verhalten werden, ihre Erklärung vor dem Ablaufe der einem Miterben bewilligten längeren Frist abzugeben (§. 119 ebd.). Wenn Erben, welche ihr Vermögen selbst zu verwalten berechtiget sind, bei der Tagsatzung nicht erscheinen, oder bei derselben, oder in der zur schriftlichen Erklärung bestimmten Frist keine Erbserklärung abgeben, so ist die Erbschaft ohne Rücksicht auf ihre Ansprüche bloß mit jenen, welche sich zu Erben erklärt haben, zu verhandeln, und denselben, insofern sie darauf Ansprüche haben, einzuantworten. Dieses ist daher den Erben entweder schon bei der ersten Vorladung zur Tagsatzung oder Abforderung der schriftlichen Erklärung, oder wenn es damals nicht für nothwendig befunden worden wäre, im Falle eines Säumnisses bei der Bestimmung einer neuerlichen Tagsatzung oder Frist ausdrücklich zu erinnern. Die Vertreter minderjähriger oder unter Curatel stehender Erben sind nöthigenfalls durch angemessene Zwangsmittel anzuhalten, die Erbschaft anzutreten, oder die erforderliche Genehmigung der Vormundschaftsbehörde zur Ausschlagung derselben beizubringen (§. 120 ebd.). Sollte keiner der bekannten Erben von seinem Erbrechte, der erfolgten Verständigung ungeachtet, Gebrauch machen, so ist ein Verlassenschafts-Curator zu bestellen, und auf dieselbe Weise vorzugehen, wie in dem Falle, da die Erben einer Verlassenschaft dem Gerichte gänzlich unbekannt sind (§. 128 ebd.).

6. Die Erbserklärung muß den Rechtstitel, aus welchem die Erbschaft beansprucht wird, ob aus einer letzten Anordnung, aus einem giltigen Erbvertrage, oder aus dem Gesetze, anführen, und es muß derselbe dem Gerichte ausgewiesen werden. Hierunter ist kein strenger, gerichtsordnungsmäßiger Beweis zu verstehen, vielmehr bestimmt der §. 123 des Pat. vom 9. August 1854, daß derjenige, welcher nach den bei der Todesfallsaufnahme oder deren Ergänzung gemachten unverdächtigen Angaben der Angehörigen, der Hausgenossen oder anderer glaubwürdiger Zeugen als der nächste zur gesetzlichen Erbfolge berufene Verwandte erscheint, oder in einem dem Inhalte und der äußeren Form nach vorschriftsmäßig eingerichteten letzten Willen zum Erben eingesetzt ist, so lange für den rechtmäßigen Erben gehalten werde, als dagegen von anderen oder näheren Verwandten kein Widerspruch erhoben, oder die Rechtsgiltigkeit des Testamentes nicht bestritten wird. Stützt sich die Erbserklärung auf ein mündlich errichtetes Testament, so ist die Beeidigung der Zeugen, von welchen ein eigenhändig gefertigter Aufsatz vorliegt, oder welche vorschriftsmäßig zu Protokoll vernommen worden sind, zur Ausweisung des Rechtstitels an sich nicht erforderlich. Ist die Erbschaft auf Grundlage des Gesetzes abzuhandeln, so bleibt es nach §. 124 ebd. dem Ermessen des Gerichtes überlassen, wenn das nächste oder ausschließende Erbrecht des angeblichen Erben zweifelhaft ist, die allenfalls mit einem stärkeren oder gleichen Rechte vor oder mit ihm zur Erbfolge berufenen Personen zu vernehmen, und nach Umständen durch ein Edict vorzuladen.

7. Außerdem muß die Erbserklärung auch noch enthalten, ob sie unbedingt, oder mit Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventariums geschehe, weil hiervon sehr wichtige, später zu erörternde Rechtsfolgen abhängen. Eine Erbserklärung, in welcher diese Angabe mangelte, würde daher mit Recht hintangewiesen werden. Endlich muß die Erbserklärung von dem Erben oder dessen ausgewiesenem Vertreter eigenhändig unterschrieben werden. Befindet sich der Erbe außer dem Kronlande, worin das Gericht seinen Sitz hat, so muß die Unterschrift auch noch gerichtlich oder durch einen öffentlichen Notar beglaubigt sein (§. 122 des o. a. Pat. vom 9. August 1854).

8. Jede in der vorgeschriebenen Form ausgestellte Erbserklärung muß von dem Gerichte angenommen und bei den Abhandlungsacten aufbewahrt werden (§. 122 ebd.). Sollten zu dem nämlichen Nachlasse mehrere Erbserklärungen angebracht werden, welche miteinander im Widerspruche stehen, so sind zwar alle anzunehmen, das Gericht hat aber nach Vernehmung der Parteien zu entscheiden,

welcher Theil gegen den andern als Kläger aufzutreten habe. Zugleich hat das Gericht eine angemessene Frist zu bestimmen, binnen welcher die Klage anzubringen ist, widrigenfalls mit der Verlassenschaftsabhandlung ohne Berücksichtigung der auf den Rechtsweg verwiesenen Erbansprüche vorgegangen werden würde (§. 125 ebd.). Gegen den Vertragserben, welcher einen mit den erforderlichen Förmlichkeiten versehenen Vertrag für sich hat, dessen Echtheit nicht widersprochen wird, muß zur Bestreitung des Erbrechtes jedermann, dessen Anspruch sich auf eine letzte Willenserklärung oder auf die gesetzliche Erbfolge stützt, gegen den Erben aus einer in der gehörigen Form errichteten und hinsichtlich ihrer Echtheit unbestrittenen letzten Willenserklärung jedermann, dessen Ansprüche nur auf der gesetzlichen Erbfolge beruhen, als Kläger auftreten. Sind aber die Erbserklärungen testamentarischer oder gesetzlicher Erben untereinander im Widerspruche, so hat das Gericht nach Vernehmung beider Theile denjenigen der streitenden Erben zur Ueberreichung der Klage anzuweisen, welcher, um sein Erbrecht geltend machen zu können, den stärkeren Erbrechtstitel seines Gegners vorerst entkräften müßte (§. 126 ebd.). Hierdurch hat die unter der Herrschaft der älteren Gesetze vielbestrittene Frage, wie bei collidirenden Erbserklärungen vorzugehen sei, ihre positive Lösung erhalten, welche aber immerhin noch zu manchen Zweifeln Anlaß gibt. So ergibt sich die Frage, ob in dem Falle, als die Rechtsgiltigkeit oder Echtheit eines Testamentes von dem Intestaterben bestritten wird, dieser oder der testamentarische Erbe auf den Klagsweg zu weisen sei? Unzweifelhaft wird der Intestaterbe angewiesen werden müssen, als Kläger aufzutreten, wenn der Testamentserbe sich auf eine in der gehörigen Form errichtete und hinsichtlich ihrer Echtheit unbestrittene letzte Willenserklärung beruft. Es kann aber anderseits nicht behauptet werden, daß derjenige Testamentserbe, der keine vorschriftsmäßig errichtete, und rücksichtlich ihrer Echtheit unbestrittene letzte Willenserklärung für sich hat, jederzeit dem Intestaterben gegenüber auf den Klagsweg gewiesen werden müsse, sondern es dürfte hierbei auf die obwaltenden Umstände ankommen, und daher dem Ermessen des Richters anheimgestellt bleiben, dem einen oder dem andern unter den Erbsprätendenten die Stelle des Klägers zuzuweisen, je nachdem er diesen oder jenen des richterlichen Schutzes würdiger erachtet [1]). Eine weitere Frage hat sich dahin ergeben, ob ein Testament, welches in mehrere Stücke zerrissen vorliegt, als eine „in gehöriger Form errichtete" letzte Willenserklärung anzusehen sei, welche Frage, wie uns scheint, wohl verneint werden muß, so daß es demjenigen, der aus einem solchen Testamente zu erben beansprucht, obliegen dürfte, als Kläger wider die Intestaterben aufzutreten, und die Rechtsgiltigkeit des (zerrissenen) Testamentes zu beweisen [2]). Ein anderer zweifelhafter Fall ist derjenige, wo mehrere Erben aus einem und demselben Testamente widersprechende Erbserklärungen überreichen, in welchem Falle diejenigen Erben zur Ueberreichung der Klage angewiesen werden müssen, welche ihren Ansprüchen einen größeren Umfang geben, als ihre Gegner, und das Erbrecht der letzteren beschränken wollen [3]). Verschieden von der Frage, wer bei collidirenden Erbserklärungen als Kläger aufzutreten habe, ist die Frage, wem in einem Erbrechtsstreite die Beweislast obliege, eine Frage, die besonders in Beziehung auf die Echtheit und Giltigkeit eines Testamentes, die von den Intestaterben angefochten wird, praktisch geworden ist, und wo es sich darum handelt, zu entscheiden, ob der testamentarische Erbe die Giltigkeit, oder der Intestaterbe die Ungiltigkeit desselben zu beweisen habe? Unseres Erachtens hat der §. 126 des Pat. v. 9. August 1854 an den Bestimmungen der Gerichtsordnung über die

[1]) S. den Aufsatz von Dr. Leo Nagel: Beweislast und Bestreitung eines schriftlichen „Testamentes" in Nr. 96 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1862.

[2]) S. die Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 25. Juli 1855, Z. 6743, in Nr. 125 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1855.

[3]) S. die Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 10. December 1856, Z. 11658, in Nr. 14 der allg. österr. Ger. Ztg. J. 1857.

Beweislast nichts ändern wollen, daher der Grundsatz noch immer fest steht, daß derjenige, der ein Factum anführt, woraus er Rechte für sich ableitet, es zu erweisen schuldig ist, widrigenfalls es bei Erledigung des Processes, insoweit es von dem Gegentheile widersprochen wurde, für wahr nicht zu halten wäre [1]).

9. Wird die Klage von dem auf den Rechtsweg verwiesenen Theile in der festgesetzten Frist überreicht, so ist mit der Verlassenschaftsabhandlung bis zur Entscheidung des Rechtsstreites inne zu halten. Doch steht jedem Theile frei, einstweilen die gerichtliche Sequestration des Nachlasses anzusuchen. Wird die gerichtliche Sequestration des Nachlasses von einem der streitenden Theile gegen den anderen, welcher bereits die Verwaltung desselben von dem Gerichte erhalten hat, angesucht, so kann dieselbe nur nach der Vorschrift der Gerichtsordnung statt haben (§. 127 ebd.).

§. 801.

Wirkung der unbedingten [Erbserklärung].

Die unbedingte Erbserklärung hat zur Folge, daß der Erbe allen Gläubigern des Erblassers für ihre Forderungen, und allen Legataren für ihre Vermächtnisse haften muß, wenn gleich die Verlassenschaft nicht hinreicht.

1. Eine unbedingte Erbserklärung, bei welcher den Interessenten das einzige sichere Mittel, den Stand des Nachlasses genau zu erheben, entzogen wird, kann der Gesetzgeber nur dann gestatten, wenn der Erbschaftsantreter zugleich die Verpflichtung auf sich nimmt, die Gläubiger und Vermächtnißnehmer ohne Rücksicht auf die Kräfte der Verlassenschaft zu befriedigen. Durch die unbedingte Erbserklärung wird daher eine Vermengung der Verlassenschaft mit dem Vermögen des Erben (vgl. §. 812) herbeigeführt, welche zur Folge hat, daß der Erbe allen Gläubigern des Erblassers für ihre Forderungen (§§. 547 und 548) und allen Legataren für ihre Vermächtnisse (§. 649), nicht nur so weit der Nachlaß reicht, sondern auch mit seinem eigenen Vermögen haften muß, während die Forderungen, die er selbst an den Erblasser zu stellen hatte, nach §. 1445 erlöschen.

2. Den Notherben gegenüber kann den unbedingt erklärten Erben keine besondere Haftung treffen, weil der Pflichttheil einen reinen Nachlaß voraussetzt, welcher von den Notherben nachgewiesen werden müßte. Nur insofern könnte der Haupterbe, wie schon Nippel (Erläut. Bd. 5, S. 179) bemerkt hat, der Entrichtung des Pflichttheils wegen zu Schaden kommen, als der Erblasser auch Vermächtnisse hinterlassen hat, indem er bei der unbedingten Erbserklärung die Legatare vollständig befriedigen muß, und sie im Falle einer Pflichttheilsverletzung zu der im §. 783 vorgeschriebenen Beitragsleistung nicht verhalten kann.

3. Inwiefern mehrere Erben, welche eine gemeinschaftliche Erbschaft ohne die rechtliche Wohlthat des Inventariums angetreten haben, den Erbschaftsgläubigern und Legataren haften, wird bei §. 820 näher erörtert werden.

4. Im Falle der unbedingten Erbserklärung hat der Erbe das Verlassenschaftsvermögen nach allen seinen Bestandtheilen genau zu beschreiben, und die Richtigkeit der Angabe entweder selbst, oder durch einen hierzu mit besonderer Vollmacht versehenen Bevollmächtigten mit eigenhändiger Unterschrift an Eidesstatt zu bekräftigen. Dieses Vermögensbekenntniß ist sohin der Abhandlungspflege zum Grunde zu legen (§. 114 des Pat. vom 9. August 1854).

---

[1]) Hieraus folgt, daß, wenn die Intestaterben — vielleicht wider die Vorschrift des §. 126 des Pat. v. 9. August 1854 — als Kläger aufzutreten angewiesen wurden, ungeachtet die Echtheit des entgegenstehenden Testamentes nicht unbestritten war, auch ihnen die Beweislast bezüglich aller jener Thatsachen aufzuerlegen kömmt, aus welchen sie die Ungiltigkeit des Testaments, also auch die behauptete Unechtheit desselben ableiten. (S. die Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 4. März 1857, Z. 1124, in Haimerl's Mag. Bd. 16, S. 497, und die Entscheidung v. 16. Mai 1051, Z. 3157, in Nr. 108 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1856, dann den o. a. Aufsatz von Dr. Leo Nagel. — Vgl. jedoch auch die von der entgegengesetzten Ansicht ausgehende Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 24. Juli 1855, Z. 5920, in Nr. 27 des J. 1856 der Gerichts-Halle.)

§. 802.

[Wirkung] der bedingten Erbserklärung.

Wird die Erbschaft mit Vorbehalt der rechtlichen Wohlthat des Inventariums angetreten; so ist sogleich vom Gerichte das Inventarium auf Kosten der Masse aufzunehmen. Ein solcher Erbe wird den Gläubigern und Legataren nur so weit verbunden, als die Verlassenschaft für ihre und auch seine eigenen, außer dem Erbrechte ihm zustehenden Forderungen hinreicht.

1. Bei der bedingten Erbserklärung wird der Stand der Verlassenschaft durch die Aufnahme des Inventariums genau erhoben, und der Nachlaß bleibt daher von dem Vermögen des Erben völlig gesondert (vgl. §. 812). Die Gläubiger und Legatare können deßhalb auch gegen ihn selbst, den Fall des §. 815 ausgenommen, keinerlei Anspruch erheben, sondern ihre Befriedigung nur aus der Verlassenschaft zu erholen suchen [1]).

2. Hierbei kann ein solcher bedingt erklärter Erbe, wenn er selbst außer dem Erbrechte noch andere Forderungen an den Nachlaß zu stellen hat, eben weil dieser als eine gesonderte Masse fortbesteht, seine Ansprüche wie jeder andere Gläubiger geltend machen (§. 1445) und geht in Ansehung derselben allen Erben und Vermächtnißnehmern vor [2]). Erübrigt nach Tilgung der Erbschaftsschulden noch ein reiner Nachlaß, so kann er als Notherbe seinen Pflichttheil fordern, und wenn ihm ein Vorausvermächtniß (§. 648) zugetheilt wurde, mit den übrigen Legataren das Vorrecht vor den Erben ansprechen (§. 690).

Dagegen ist ein solcher Erbe nicht berechtigt, nach erfolgter Einantwortung der Verlassenschaft die Eröffnung der Concurses über dieselbe zu verlangen (Hfd. v. 7. April 1846, Nr. 948 J. G. S.); dieß kann nur im Laufe der Verlassenschaftsabhandlung auf Verlangen des Erben oder Verlassenschaftscurators geschehen, wenn die Schuldenlast den Activstand übersteigt (§. 73 des Pat. v. 9. Aug. 1854, Nr. 208 R. G. Bl., und §. 62, Z. 2, Conc. Odg.).

3. Zur Aufnahme des Inventars hat das Gericht einen, oder in besonders wichtigen Fällen zwei Abgeordnete zu bestimmen, oder dieselbe einem öffentlichen Notare zu übertragen. Die Gerichtshöfe haben außer dem Orte, wo sie sich befinden, die Abordnung eigener Beamten nach Thunlichkeit zu vermeiden, und sich der Hilfe der Bezirksgerichte oder eines in der Nähe befindlichen Notars ihres Sprengels zu bedienen. Befindet sich das Vermögen außer dem Sprengel der Abhandlungs-Instanz, oder ist dasselbe einer anderen Real-Instanz unterworfen, so hat sich die Abhandlungsbehörde an das zuständige Gericht zu wenden, damit dasselbe die Inventur durch seine Gerichtsabgeordneten vornehmen lasse, oder einen Notar dazu bestelle (§§. 93 und 94 des o. a. Pat. v. 9. August 1854). Zur Vornahme der Inventur hat der Inventurs-Commissär nebst den erforderlichen Kunstverständigen immer zwei Hausgenossen des Erblassers oder andere glaubwürdige Männer als Zeugen beizuziehen. Die bekannten Erben, welche am Orte der Inventursaufnahme anwesend sind, oder sich in solcher Nähe befinden, daß ihre Vorladung ohne Aufenthalt geschehen kann, der etwa bestellte Verlassenschafts-Curator, der Vollzieher des letzten Willens, wenn ein solcher bestellt ist, und diejenigen Gläubiger, welchen allenfalls die Absonderung der Erbschaft von dem Vermögen des Erben bewilligt wurde, sind von Amtswegen vorzuladen. Bei Lehen-, Fideicommiß- und Substitutionsfällen sind außer dem unmittelbaren Nachfolger auch die anwesenden künftigen nächsten Erben, der landesfürstliche Lehen-Commissär, die Fideicommiß- oder Substitutions-Curatoren und die vermuthlichen Erben des freivererblichen Vermögens des Erblassers oder ihre gesetzlichen Vertreter beizuziehen. Sollten die Vorgeladenen zur vorgeschriebenen Stunde nicht erscheinen, so kann das Inventar auch in ihrer Abwesenheit aufgenommen

---

[1]) Vgl. Unger, Erbrecht, S. 181, Anmerkg. 8.

[2]) Vgl. die Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 19. December 1855, Z. 9549, in Glaser's und Unger's Smlg. Nr. 146.

werden. Der Inventurs-Commissär hat sich jedoch vorläufig die Ueberzeugung von der gehörig erfolgten Zustellung der Vorladungen zu verschaffen, und dieses auf dem Inventar zu bemerken (§. 95 ebd.). Bei minder bedeutenden Verlassenschaften ist das Inventar, wenn es von Amtswegen errichtet werden muß, oder einer der Erben darum ansucht, sogleich bei der Todesfallsaufnahme zu verfassen und dem Gerichte vorzulegen (§. 96 ebd.).

4. Das Inventar muß ein genaues und vollständiges Verzeichniß alles beweglichen und unbeweglichen Vermögens, in dessen Besitze sich der Erblasser zur Zeit seines Todes befunden hat, enthalten, und den damaligen Werth und Betrag desselben klar anzeigen. Die einzelnen Bestandtheile des Vermögens sind nach Rubriken zu ordnen, und am Ende des Inventars die Hauptsummen aller Rubriken zu wiederholen, und zusammenzuziehen. Es ist darin zu bemerken, zu welcher Zeit und in wessen Gegenwart das Inventar aufgenommen worden ist (§. 97 ebd.). Die Gerichtsabgeordneten haben sich über den Zustand des Vermögens durch Untersuchung der Verlassenschaftsschriften und der vorhandenen Urkunden, durch eigene Besichtigung der Güter und Fahrnisse, Vernehmung der Erben, Verwandten und Hausgenossen, Benützung der öffentlichen Bücher und Gerichtsacten, und durch andere schickliche Mittel vollständige Aufklärung zu verschaffen (§. 98 ebd.). In dem Inventare sind die zur Verlassenschaft gehörigen Werthpapiere nach ihrer Gattung, nach der Nummer, dem Tage der Ausstellung und dem Zinsfuße genau anzuführen. Zugleich ist der Betrag der bis zum Todestage ausständigen Interessen beizufügen. Derlei Papiere sind in dem Inventare einstweilen nur mit ihrem Nennbetrage anzuführen, ihre eigentliche Werthsbestimmung aber ist der Abhandlung vorzubehalten (§. 99 ebd.). Bei anderen Forderungen des Erblassers muß der Name des Schuldners, der Tag der Ausstellung des Schuldscheines und der dazu gehörigen Urkunden, der Zinsfuß, der Betrag der Hauptschuld und der bis zum Todestage verfallenen Interessen angezeigt und bemerkt werden, ob und wie das Capital versichert sei. Sind über eine Post keine Urkunden vorhanden, so muß in dem Inventare beigesetzt werden, worauf sich die Angabe über diese Forderung gründet. Urkunden, Rechnungen und Schriften, welche für die Theilnehmenden wichtig sein können, aber sich nicht auf einzelne Schuldposten beziehen, sind am Ende des Inventars kurz anzuzeigen (§. 100 ebd.). Fahrnisse sind entweder nach Gattung, Zahl, Maß und Gewicht anzugeben, oder einzeln zu beschreiben. Ihr Werth ist durch gerichtliche Schätzung zu erheben. Größere Vorräthe oder Sammlungen von Sachen derselben Art können in besondere Verzeichnisse gebracht und diese dem Inventar angeschlossen werden (§. 101 ebd.). Der Werth unbeweglicher Güter ist zum Zwecke der Abhandlung durch eine gerichtliche Schätzung nur dann zu erheben, wenn sie von einem der Erben angesucht, oder von dem Gerichte wegen Berechnung des Pflichttheiles oder aus anderen Gründen ausdrücklich angeordnet wird. Außer diesem Falle kann der Werth der Güter in dem Inventar nach der letzten früher vorgenommenen Schätzung oder nach dem Contracte bei der letzten Besitzveränderung oder endlich nach den Steuerregistern angeschlagen werden. Die den Werth einer unbeweglichen Sache nachweisenden Urkunden sind in Urschrift oder beglaubigter Abschrift dem Inventar anzuschließen, oder wenigstens darin mit Bestimmtheit anzuführen (§. 102 ebd.). Zu Schätzungen unbeweglicher Güter, größerer Sammlungen von Büchern, Kunstwerken oder Seltenheiten und anderer Fahrnisse von besonderem Werthe sind zwei beeidete Sachverständige zu gebrauchen. Die übrigen Fahrnisse können von einem einzigen beeideten Sachverständigen geschätzt werden, sofern nicht von einem Betheiligten die Beiziehung eines zweiten Kunstverständigen verlangt wird, in welchem Falle er die Kosten dafür zu tragen hat. Die beeideten Schätzleute haben den gemeinen Werth der Güter und Fahrnisse nach der Zeit des Todes des Erblassers genau und gewissenhaft anzugeben (§. 103 ebd.).

5. Angeblich fremde Sachen, in deren Besitz sich der Erblasser befunden

hat, sollen in das Inventar aufgenommen werden, ohne jedoch, wenn die Eigenthumsrechte dritter Personen klar scheinen, den Werth derselben auszuwerfen, und bei Berechnung des Vermögens in Anschlag zu bringen. Immer ist hierbei zu bemerken, von wem und aus welchem Grunde diese Sachen angesprochen werden. Auch Sachen, welche dem Erblasser gehören, sich aber in Händen dritter Personen befinden, sind in das Inventar einzubeziehen, und dabei der Grund anzugeben, warum sie sich bei einem dritten befinden (§. 104 ebd.).

6. Wenn der Betrag und die Beschaffenheit der Verlassenschaftsschulden ohne weitläufige Verhandlungen und großen Zeitverlust in das klare gesetzt werden kann, sollen auch diese in dem Inventar vorkommen und die Rückstände an den Zinsen derselben, an schuldigen Steuern und anderen fortlaufenden Zahlungen bis zum Todestage des Erblassers berechnet werden. Dabei muß genau bemerkt werden, worauf sich die Angaben über jede einzelne Schuldpost gründen. Der Passivstand ist insbesondere dann bei der Errichtung der Inventur mit möglichster Vollständigkeit zu erheben, wenn diese schon bei der Todesfallsaufnahme vorgenommen wird, um hierdurch das Gericht in den Stand zu setzen, die Verlassenschaftsabhandlung ohne weitere Erhebungen beendigen zu können. Am Schlusse des Inventars wird die Hauptsumme der Schulden und das nach Abzug derselben erübrigende reine Vermögen berechnet (§. 105 ebd.). Besondere Vorschriften bestehen noch hinsichtlich der Errichtung des Inventars über ein Handels-, Fabriks- oder Gewerbsvermögen (§. 106), nach Besitzern geistlicher Pfründen (§. 107), sowie über Lehen- und Fideicommißgüter (§. 108 ebd.).

7. Das Inventar ist von den Gerichtsabgeordneten, den Sachverständigen, den Zeugen und den bei der Verfassung desselben anwesenden Betheiligten zu unterschreiben und sammt allen Beilagen dem Gerichte zu überreichen, welches dasselbe nach vorausgegangener Prüfung aufzubewahren, und jedermann auf Verlangen Abschrift zu ertheilen hat (§. 109 ebd.). Wenn das freivererbliche Vermögen des Erblassers in mehreren Abtheilungen inventirt wurde, so müssen von der Abhandlungsbehörde alle diese Theil-Inventarien summarisch in ein einziges Inventar, welches das ganze Vermögen des Erblassers umfaßt, zusammen getragen werden (§. 110 ebd.).

§. 803.

Berechtigung zur bedingten oder unbedingten Antretung oder Ausschlagung der Erbschaft.

Der Erblasser kann dem Erben den Vorbehalt dieser rechtlichen Wohlthat nicht benehmen, noch die Errichtung eines Inventariums verbieten. Selbst der in einem Erbvertrage zwischen Ehegatten darauf geschehene Verzicht ist von keiner Wirkung.

1. Der Gesetzgeber bezweckte durch diese Anordnung, dem Erben die unangenehme Collision zu ersparen, entweder durch Annahme der (etwa überschuldeten) Erbschaft sich der Gefahr eines Verlustes auszusetzen, oder durch Ausschlagung derselben einen Vortheil aufzugeben, der ihm außerdem zugegangen wäre. Das in Frage stehende Verbot ist also auch dann unwirksam, wenn es einer Erbseinsetzung oder der Anordnung eines Vermächtnisses als Bedingung beigefügt (siehe oben S. 307 d. W.), oder wenn der Notherbe im Falle der Nichtbeachtung desselben auf den Pflichttheil eingeschränkt wäre[1]).

2. Auch eine in einem Erbvertrage im vorhinein geschehene Verzichtleistung auf die Rechtswohlthat des Inventars hat nach dem Gesetze keine Wirkung, da sie nur zum Vortheile der Gläubiger und Legatare gereichen würde, denen gegenüber der Verzichtleistende aber keine Verbindlichkeit übernommen hat.

---

[1]) Hätte der Erblasser angeordnet, der A oder der B soll mein Erbe sein, je nachdem der eine oder der andere sich zu meinem Nachlasse unbedingt erbserklären wird, so würden, wie Nippel (Erläut. Bd. 5, S. 188) bemerkt, beide Personen ohne Unterschied, ob der eine oder der andere bedingt oder unbedingt die Erbschaft zu übernehmen sich erklärt, als Erben eintreten.

§. 804.

Die Errichtung des Inventariums kann auch von demjenigen verlangt werden, dem ein Pflichttheil gebührt.

1. Außer dem Erben überhaupt kann insbesondere auch der Notherbe behufs der Ausmittlung seines Pflichttheiles auf die Errichtung eines Inventars dringen; denn der Pflichttheil ist ein verhältnißmäßiger Theil des ganzen Nachlasses. Dieß gälte auch dann, wenn der Pflichttheil in Gestalt eines Vermächtnisses hinterlassen wäre (§. 774), weil eben erst durch die genaue Erhebung des Standes der Verlassenschaft ermittelt werden kann, ob das dem Notherben zugedachte Vermächtniß dem Pflichttheile gleich komme oder nicht.

2. Die Gläubiger oder Vermächtnißnehmer sind nicht befugt, die Errichtung eines Inventars zu verlangen, denn der Erbe haftet ihnen im Falle einer unbedingten Erbserklärung auch über die Kräfte des Nachlasses hinaus mit seinem eigenen Vermögen (§. 801), und überdieß steht ihnen das s. g. Absonderungsrecht zu, wovon im §. 812 näher die Rede sein wird.

3. Außerdem hat der Richter nach §. 92 des Pat. vom 9. August 1854 ein Inventar von Amtswegen aufzunehmen: a) wenn der Erbe oder dessen Aufenthaltsort unbekannt ist, wenn er unter Vormundschaft oder Curatel steht, oder für ihn zum Behufe der Verlassenschaftsabhandlung ein Curator bestellt wird, oder wenn auch nur bei einem oder mehreren Miterben Verhältnisse dieser Art eintreten; b) wenn die Erbschaft oder ein Erbtheil den Armen, einer Stiftung, Gemeinde, Kirche, öffentlichen Anstalt oder dem Staate zufällt; c) wenn der Erblasser dem Erben die Verbindlichkeit auferlegt hat, die Erbschaft oder einen verhältnißmäßigen Theil derselben dritten Personen zu hinterlassen; d) endlich ist über Fideicommisse und Lehen, so oft sie von einem Erben an den andern übergehen, ohne Rücksicht auf die bei dem freivererblichen Vermögen des Erblassers eintretenden Verhältnisse ein eigenes Inventar aufzunehmen.

§. 805.

Wer seine Rechte selbst verwalten kann, dem steht frei, die Erbschaft unbedingt oder mit Vorbehalt der obigen Rechtswohlthat anzutreten oder auch auszuschlagen. Vormünder und Curatoren haben die am gehörigen Orte ertheilten Vorschriften zu befolgen (§. 233).

1. Nur wer seine Rechte selbst verwalten kann, ist fähig, eine ihm angefallene Erbschaft anzutreten oder auszuschlagen. Für Minderjährige, Geisteskranke, gerichtlich erklärte Verschwender haben dießfalls ihre gesetzlichen Vertreter (Vater, Vormund, Curator) einzuschreiten. Wie in dem Falle vorzugehen sei, wenn die Person eines Erben zwar bekannt, der Aufenthalt desselben aber unbekannt ist, oder wenn die Erben einer Verlassenschaft gänzlich unbekannt sind, ist bereits oben (S. 438 d. W.) erörtert worden. Für juristische Personen haben ihre Vertreter zu interveniren.

2. Bei den weitgreifenden Folgen, welche die unbedingte Erbserklärung (nach §. 801), so wie die Ausschlagung einer Erbschaft nach sich ziehen, ist es vollkommen gerechtfertiget, daß das Gesetz im §. 233 (s. I. Bd., S. 337 d. W.) den Vormündern und im §. 282 den Curatoren zur Pflicht macht, wenn sie eine ihrem Mündel oder Pflegebefohlenen angefallene Erbschaft unbedingt annehmen oder ausschlagen wollen, vorerst die Genehmigung des Gerichtes einzuholen.

3. Die ehedem bestrittene Frage, ob ein in Concurs verfallener Schuldner einer ihm angefallenen Erbschaft ohne Willen der Gläubiger entsagen könne[1]),

---

[1]) S. Pratobevera, Rechtsfall: Ob ein Schuldner in oder außer dem Concurse einer angefallenen Erbschaft ohne Willen der Gläubiger entsagen könne? (Mat. Bd. 8, S. 452), und vgl. L. Staudinger: Civilrechtsfall zur Erörterung der Frage, ob die a. h. Entschl. vom 27. April 1835, welche in Ansehung der Erbrechte bei Concursverhandlungen erfloß, auch auf Gläubiger eines Erben anzuwenden sei, über dessen Vermögen kein Concurs eröffnet wurde? (Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1837, I., S. 166). — Kitka, Rechtsfall zur Erläuterung der §§. 551, 805 und 822 des a. b. G. B. (ebd. 1847, II., S. 265) und den o. a. Aufsatz von Pratobevera.

wurde durch §. 4 der Conc. Odg. v. 25. December 1868, Nr. 1 des R. G. Bl. für 1869, dahin entschieden: Wenn einem Cridatar während der Concursverhandlung eine Erbschaft oder ein Vermächtniß zufällt, so ist die Gläubigerschaft berechtigt, im Namen des Gemeinschuldners die Erbschaft mit Vorbehalt des Inventars anzutreten oder das Vermächtniß anzunehmen.

4. Wenn von einem durch Vertrag Bevollmächtigten eine Erbschaft unbedingt angenommen oder ausgeschlagen werden soll, so ist eine besondere, auf das einzelne Geschäft ausgestellte Vollmacht nothwendig, und allgemeine, selbst unbeschränkte Vollmachten sind in diesen Fällen nur dann hinreichend, wenn die Gattung des Geschäftes in der Vollmacht ausgedrückt worden ist (§. 1008). Uebrigens dürfte der Richter nicht berechtiget sein, die bedingte Erbserklärung eines Bevollmächtigten, welcher eine Vollmacht zur unbedingten Erbserklärung erhalten hat, zurückzuweisen, weil die Ueberschreitung der Gränzen der Vollmacht für den Mandatar zwar eine Verantwortlichkeit dem Mandanten gegenüber begründen kann, die Wahrung der dießfälligen Interessen aber dem Gerichte von Amtswegen nicht zusteht [1]).

5. Die Ausschlagung einer Erbschaft kann sowohl gerichtlich als außergerichtlich erfolgen, auch kann der Erbe nach dem Tode des Erblassers seinem eventuellen und künftigen Erbrechte sofort rechtswirksam entsagen. Dieß kann von Seite des Substituten noch vor dem Instituten, von Seite des bedingt eingesetzten Erben vor dem Eintritte der Bedingung, von Seite des nächsten Intestaterben schon während der Deliberation des Testamentserben geschehen [2]).

6. Hat jemand giltig eine ihm angefallene Erbschaft ausgeschlagen, so wirkt diese Verzichtleistung auch auf seine Nachkommen. Diese können also, wenn auch der Erbe selbst mit Tod abginge, die bereits ausgeschlagene Erbschaft nicht mehr für sich in Anspruch nehmen.

§. 806.

Der Erbe kann seine gerichtliche Erbserklärung nicht mehr widerrufen, noch auch die unbedingte abändern, und sich die Rechtswohlthat des Inventariums vorbehalten.

1. Durch die Antretung der Erbschaft erlangen die Gläubiger und Legatare Ansprüche gegen den, nunmehr als eine Person mit dem Erblasser zu betrachtenden Erben (§. 547), welche ihnen einseitig weder entzogen, noch dadurch beschränkt werden können, daß die unbedingte Erbserklärung, welche die Haftung des Erben mit seinem eigenen Vermögen nach sich zieht (§. 801), in eine bedingte abgeändert wird. Wohl aber könnte umgekehrt der Erbe, welcher eine Erbschaft mit der Rechtswohlthat des Inventars angetreten hat, noch nachträglich auf dieses Beneficium verzichten, indem dadurch die Rechte der Gläubiger und Vermächtnißnehmer nicht eingeschränkt, sondern nur noch erweitert werden, und zwar dieß umsomehr, als ihnen der §. 812 das Mittel an die Hand gibt, sich gegen die Folgen einer unbedingten Erbserklärung von Seite eines verschuldeten Erben zu sichern.

2. Da auch durch die Ausschlagung einer Erbschaft dritte Personen, wie die Miterben, die Nacherben oder die gesetzlichen Erben bestimmte Rechte erwerben, die ihnen einseitig nicht mehr entzogen werden dürfen, so kann es auch nicht gestattet sein, sich zu einer Erbschaft, welche man bereits rechtsgiltig ausgeschlagen hat, nachträglich als Erbe zu erklären.

3. Hiermit ist der Fall einer Abänderung der Erbserklärung in Beziehung auf den Erbrechtstitel nicht zu verwechseln. Es könnte mithin z. B. ein testamentarischer Erbe, ungeachtet er sich bereits aus dem Testamente erbserklärt hatte, das Testament nachträglich noch immer anfechten, und wenn es wirklich für ungiltig er-

---

[1]) S. die ausführliche Begründung bei Nippel, Erläut. Bd. 5, S. 191.
[2]) S. Unger, Erbrecht, S. 151, Anmerkg. 2.

kannt wird[1]), und ihm zugleich ein gesetzliches Erbrecht zusteht, die Erbschaft ab intestato antreten[2]).

§. 807.

Wenn aus mehreren Miterben einige unbedingt; andere aber, oder auch nur Einer aus ihnen, mit Vorbehalt der erwähnten Rechtswohlthat, sich zu Erben erklären; so ist ein Inventarium zu errichten, und die auf diesen Vorbehalt beschränkte Erbserklärung der Verlassenschaftsabhandlung zum Grunde zu legen. In diesem, so wie in allen Fällen, in welchen ein Inventarium errichtet werden muß, genießt auch derjenige, welcher eine unbedingte Erbserklärung abgegeben hat, so lange ihm die Erbschaft noch nicht übergeben worden, die rechtliche Wohlthat des Inventariums.

1. Wenn unter mehreren Erben eine Verschiedenheit der Ansichten über die Antretung der Erbschaft obwaltet, so muß, wenn auch nur einer von ihnen die Rechtswohlthat des Inventars für sich in Anspruch nimmt, ein solches errichtet werden, weil jeder Erbe wohl auf seine eigene Rechte verzichten, nicht aber auch denen seiner Miterben präjudiciren kann.

2. Ist nun aber einmal ein Inventarium errichtet, sei es auf Begehren eines oder des anderen Erben, sei es von Amtswegen (s. S. 446 d. W.), so muß dieses auch der weiteren Verlassenschaftsabhandlung zum Grunde gelegt werden, weil dadurch der Stand des Nachlasses am sichersten und genauesten erhoben wird, und weil es nicht anginge, zwei verschiedene Grundlagen, nämlich das Inventar und das eidesstättige Vermögensbekenntniß des unbedingt erklärten Erben, die wohl niemals mit einander übereinstimmen werden, anzunehmen.

3. Eine weitere Frage ergibt sich aber nunmehr hinsichtlich der Haftung dieser mehreren, theils bedingt, theils unbedingt erklärten Erben. In dieser Beziehung verfügt der §. 550, daß vor der gerichtlichen Uebergabe (Einantwortung) alle Erben für einen und einer für alle haften; da nun diese Haftung sich bei dem bedingt erklärten Erben nach §. 802 nicht über die Kräfte des Nachlasses erstrecken kann, so muß bis zur erfolgten Einantwortung auch die Haftung des unbedingt erklärten Erben auf dieses Maß eingeschränkt bleiben. Nach der erfolgten Einantwortung aber tritt die Haftung mehrerer Miterben nach der Vorschrift der §§. 820 und 821 ein. Die bedingt erklärten Erben haften nunmehr selbst für die, die Erbschaftsmasse nicht übersteigenden Lasten nur nach Verhältniß ihres Erbtheiles. Hiermit steht es aber nicht im Widerspruche, wenn nunmehr der unbedingt erklärte Erbe mit seinem eigenen Vermögen und solidarisch in Anspruch genommen wird, denn der §. 807 räumt demselben die Theilnahme an der rechtlichen Wohlthat des Inventars nur „so lange" ein, als ihm die Erbschaft noch nicht übergeben worden ist, d. i. im Zusammenhalte mit §. 550, bis zur Einantwortung. Dieser Vortheil stellt sich so ziemlich als illusorisch dar, denn der Erbe haftet vor erfolgter Einantwortung überhaupt nicht als persönlicher Schuldner, sondern erscheint nur als Vertreter des Nachlasses[3]).

---

[1]) S. den von Dr. Hasenöhrl mitgetheilten Rechtsfall in Nr. 37 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1858.

[2]) S. die Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 8. August 1855, Z. 7039, in der allg. österr. Ger. Ztg. J. 1856, Nr. 30. Die Anordnung des §. 806 — heißt es in den Entscheidungsgründen — untersagt wohl den Widerruf der gerichtlichen Erbserklärung und die Abänderung der unbedingten Erbserklärung in eine bedingte, macht aber nicht die Umänderung des Erbrechtstitels unmöglich, welche mit jeder Umstoßung einer ursprünglich als giltig der Abhandlung zu Grunde gelegten letztwilligen Anordnung oder mit dem späteren Auffinden eines Testamentes, welches den ursprünglich ab intestato erbserklärten Erben beruft, unvermeidlich eintreten muß. — Der §. 806 geht nur von der Voraussetzung aus, daß der gesetzliche Erbe als Pflichttheilsberechtigter eine giltig bestehende Erklärung des letzten Willens durch Berufung auf sein gesetzliches Erbrecht oder den Pflichttheilsanspruch vereiteln wollte, konnte aber solchen Personen nicht das Recht zur Bestreitung der Giltigkeit einer solchen Willenserklärung entziehen.

[3]) Zeiller meint in seinem Comment. Bd. 2, S. 845, der Schlußsatz des §. 807 gehe vor der Voraussetzung aus, daß dem unbedingt erklärten Erben die Erbschaft bereits gerichtlich übergeben worden sei, und nun erst ein anderer als Erbe auftrete, der sich mit der Rechtswohlthat des Inventars zum Erben erklärt. — Allein wenn jemand erst nach geschehener Einantwortung eine Erbschaft anspricht, so muß er nach §. 823 mit der Erbschaftsklage auftreten, und es braucht dann keiner weiteren Erbserklärung; auch drücken die Worte „so lange" offenbar eine Zeitbestimmung und nicht eine Bedingung aus, in welchem Falle sich das Gesetz des Ausdruckes „wenn" oder „wofern" hätte bedienen müssen. Eben so wenig

§. 808.

Wird jemand zum Erben eingesetzt, dem auch ohne letzte Willenserklärung das Erbrecht ganz oder zum Theile gebührt hätte; so ist er nicht befugt, sich auf die gesetzliche Erbfolge zu berufen, und dadurch die Erklärung des letzten Willens zu vereiteln. Er muß die Erbschaft entweder aus dem letzten Willen antreten, oder ihr ganz entsagen. Personen aber, denen ein Pflichttheil gebührt, können die Erbschaft mit Vorbehalt ihres Pflichttheiles ausschlagen.

1. Nach römischem Recht wurde ein Testament, wenn der darin eingesetzte Erbe die Erbschaft nicht annehmen wollte, destituirt, und es erloschen alle übrigen Verfügungen (Vermächtnisse u. dgl.). Damit nun ein testamentarischer Erbe, der zugleich als gesetzlicher Erbe einzutreten berechtiget erscheint, nicht arglistig der testamentarischen Erbschaft entsage, um das Testament zu einem destitutum zu machen, und sohin als Intestaterbe einzuschreiten, wurde den Legataren und Fideicommissaren eine actio utilis auf Zahlung der Vermächtnisse zugestanden. Nach österreichischem Rechte stellte sich eine ähnliche Verfügung wohl nicht als so dringend dar, da nach §. 726 in dem Falle, als der eingesetzte Erbe die Verlassenschaft nicht annehmen will, und das Erbrecht sohin auf die gesetzlichen Erben übergeht, diese ohnehin verpflichtet sind, alle übrigen Verfügungen des Erblassers zu befolgen, und da überhaupt das Princip feststeht, daß derjenige, der einen erledigten Erbtheil erhält, auch die damit verknüpften Lasten übernehmen müsse (§. 563). Es wird also in der Regel für denjenigen, der in einem Testamente zum Erben eingesetzt ist, dem aber auch ohne letzte Willenserklärung das Erbrecht ganz oder zum Theile gebührt hätte, keine Veranlassung vorhanden sein, die testamentarische Erbschaft auszuschlagen und sich auf sein Intestaterbrecht zu berufen. Dieß könnte höchstens dann der Fall sein, wenn die im Testamente auferlegte Last in einer persönlichen Handlung des eingesetzten Erben besteht (§. 563), weil eine solche weder auf den Nacherben (§§. 606 und 702), noch auf eine andere Person übergeht, welche den erledigten Erbtheil erhält. Deßhalb hat nun auch der vorstehende §. in seinem ersten Absatze die Bestimmung getroffen, daß ein solcher Erbe nicht berechtiget sei, durch Ausschlagung der testamentarischen Erbschaft die Erklärung des letzten Willens zu vereiteln, sondern daß er die Erbschaft entweder aus dem letzten Willen antreten oder ihr ganz entsagen müsse.

2. Eine Ausnahme von diesem Grundsatze tritt in Ansehung der Notherben ein; diese können, da ihnen der Anspruch auf ihren Pflichttheil in keiner Weise beschränkt werden darf (§. 774), die ihnen im Testamente zugedachte Erbschaft ausschlagen und den Pflichttheil aus der Masse fordern. Auch kann ihnen wohl das Recht nicht benommen werden, mit Vorbehalt des Pflichttheiles die Erbschaft aus dem Testamente anzutreten, und wenn sich in der Folge zeigen sollte, daß der testamentarische Erbtheil geringer ausfällt, als der Pflichttheil, die Ergänzung des letzteren (nach §. 775) zu begehren; denn der Schlußsatz des §. 808 bestimmt nirgends, daß der Notherbe, wenn er sich aus dem Testamente zum Erben erklärt, dadurch des ihm in den §§. 775 und 783 eingeräumten Rechtes verlustig werde, wobei noch zu betrachten kömmt, daß der §. 762 den Erblasser verpflichtet, seinen Notherben den Pflichttheil zu hinterlassen, daß also diese, wenn er sie im Testamente zu Erben eingesetzt hat, mit Recht vermuthen können, er werde sie dabei

---

geht es an, mit Nippel (Erläut. Bd. 5, S. 195) die Worte: „insolange ihm die Erbschaft noch nicht übergeben worden" auf die Uebergabe nach §. 810 des a. b. G. B. zu beziehen, so daß, wenn dem unbedingt erklärten Erben die Verlassenschaft zur Benützung und Verwaltung übergeben worden, und sich später erst ein dem Gerichte unbekannter Erbe meldete, welcher sich mit Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventars zum Erben erklärt, der unbedingt erklärte Erbe die Vortheile der Inventarserrichtung nicht genösse, denn es ist einerseits nicht abzusehen, warum er durch das zufällige Ereigniß, daß der sich bedingt erklärende Erbe erst später auftrat, von dem Mitgenusse jener Wohlthat ausgeschlossen sein sollte, und andererseits wird der Ausdruck „Uebergabe der Erbschaft", wie aus den §§. 550, 797 und 819 hervorzugehen scheint, als gleichbedeutend mit Einantwortung genommen, während der §. 810 sich eines wesentlich verschiedenen Ausdruckes bedient, und nur von einem „Ueberlassen der Benützung und Besorgung der Verlassenschaft" spricht. — Vgl. Winiwarter, bürgl. Recht, Bd. 3, S. 425.

in ihrem Pflichttheile nicht verkürzt haben; hätte er dieses dennoch gethan, so räumt ihnen eben der §. 775 das Befugniß ein, die Ergänzung desselben zu fordern [1]). Ja es scheint, daß man noch weiter gehen müsse, und daß es von Seite des Notherben nicht einmal eines ausdrücklichen Vorbehaltes bedürfe, um sich den Bezug des unbeschränkten Pflichttheiles zu wahren; denn der Schlußsatz des §. 808 läßt daraus, daß er sich (nicht wie der Vordersatz des Wortes „müssen," sondern) des Wortes „können" bedient, deutlich vernehmen, daß die Ausschlagung der testamentarischen Erbschaft keineswegs die unerläßliche Bedingung zum Vorbehalte des Pflichttheiles sei, sondern daß bei den pflichttheilsberechtigten Personen die Geltendmachung des testamentarischen Erbrechtes und des gesetzlichen Anspruches auf den Pflichttheil nebeneinander bestehen können. Bei der gesetzlichen Natur des Pflichttheiles ist jede letzte Willenserklärung eigentlich nur insoweit rechtsgiltig und wirksam, als sie sich nur auf jenen Theil des Nachlasses erstreckt, welcher der freien Verfügung des Erblassers anheimgestellt ist, wogegen sie sich in Beziehung auf das seiner Disposition entzogene und für die Befriedigung der Notherben vorbehaltene Vermögen als unwirksam darstellt. Die Erbserklärung eines testamentarischen Erben kann demnach streng genommen nur hinsichtlich des, den Pflichttheil übersteigenden Vermögens zur Wirksamkeit gelangen, und dieses gilt auch in Ansehung des Notherben, welcher zugleich als testamentarischer Erbe eingesetzt ist,

---

[1]) S. Nippel, Erläut. Bd. 5, S. 198, und den in Nr. 14 und 15 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1854 mitgetheilten Rechtsfall. Nach dem b. G. B., bemerkt der Berichterstatter, ist der Pflichttheil eigentlich eine theilweise Beschränkung des Eigenthums zu Gunsten der pflichttheilsberechtigten Personen. Diese Eigenthumsbeschränkung tritt keineswegs erst mit dem Zeitpunkte der Errichtung eines letzten Willens oder des Todes desjenigen ein, welcher einen Pflichttheil zu hinterlassen schuldig ist, sondern sie besteht von dem Augenblicke an, in welchem er Abstämmlinge bekommt, denen er einen Pflichttheil zu hinterlassen schuldig ist; denn er wird durch §. 951 des b. G. B. schon bei seinen Lebzeiten in der Verschenkung seines Vermögens beschränkt, indem er keine die Hälfte seines Vermögens übersteigende Schenkung machen darf, wenn er zur Zeit der Schenkung pflichttheilsberechtigte Abstämmlinge hat. Der §. 774 ebd. erklärt geradezu, daß der Pflichttheil der Notherben ganz frei bleiben müsse, und daß jede denselben beschränkende Bedingung ungiltig sei. Nach §§. 775 ebd. kann jeder Notherbe den ihm gebührenden vollen Pflichttheil fordern, und nach §. 783 ebd. müssen die eingesetzten Erben und Legatare zur vollständigen Entrichtung desselben beitragen. Bei dieser gesetzlichen Natur des Pflichttheiles ist jede letzte Willenserklärung ausnahmslos nur insoweit als rechtsgiltig und rechtswirksam anzusehen, als sie nicht Verfügungen über einen den Pflichttheilsbetrag übersteigenden Vermögenstheil enthält. Dagegen ist jede letztwillige Verfügung über das durch die gesetzlichen Anordnungen bezüglich des Pflichttheils beschränkte und der Disposition des Erblassers entzogene Vermögen rechtsunwirksam, daher rechtsungiltig. Auf eine solche Verfügung kann also auch kein Erbrecht gegründet werden, und jede Erbserklärung eines testamentarischen Erben ist nur auf das den Pflichttheil übersteigende, der freien Disposition überlassene Vermögen rechtswirksam. Hieraus folgt, daß, wenn ein Notherbe zugleich als testamentarischer Erbe eingesetzt ist, auch die auf das Testament gegründete Erbserklärung des Notherben ebenso, wie die jedes andern testamentarischen Erben, sich nur auf das den Pflichttheil übersteigende Vermögen beziehen und nur in Ansehung dieses Vermögens als rechtswirksam betrachtet werden könne. Aus diesem Grunde gibt der §. 808 des b. G. B. den Notherben im Gegensatze zu den bloß gesetzlichen Erben das Recht, die Erbschaft mit Vorbehalt des Pflichttheiles auszuschlagen; er stellt aber keineswegs die Anordnung auf, daß mit der Antretung der Erbschaft auch das Recht auf den Pflichttheil verloren gehe. Der Gesetzgeber konnte auch keine solche Anordnung beifügen, weil die testamentarische Bestimmung, mithin auch die Erbserklärung aus dem Testamente bezüglich des durch den Pflichttheil der Disposition des Erblassers entzogenen Vermögenstheiles gar keine Rechtswirkung hat. Es ist daher offenbar der Schlußsatz des §. 808 nur erläuterungsweise und nur zu dem Ende beigesetzt worden, um deutlich auszusprechen, daß die in den Vordersätzen aufgestellten Anordnungen keineswegs auch auf jene Personen Anwendung haben, welchen aus dem Gesetze ein Pflichttheil gebührt, daß daher bei diesen Personen keineswegs die Alternative der Erbserklärung aus dem Testamente oder der gänzlichen Entsagung eintrete. Dieß wird durch den Inhalt des §. 774 des b. G. B. um so deutlicher, weil in diesem §. ausdrücklich angeordnet wird, daß dann, wenn dem Notherben ein größerer Erbtheil zugedacht wird, die ihm auferlegte Beschränkung oder Belastung doch nur auf denjenigen Theil, welcher den Pflichttheil übersteigt, bezogen werden könne. Diese Anordnung wäre aber ganz nutzlos und sogar unwahr, wenn der Notherbe nur die Wahl zwischen dem Vorbehalten des Pflichttheils mit Ausschlagung der Erbschaft, oder der Antretung der Erbschaft mit Verlust des Rechtes auf den Pflichttheil hätte . . . Wenn daher auch die im Testamente als Universalerben berufenen Notherben durch ihre bedingte Erbserklärung aus dem Testamente den in dieser letzten Willenserklärung berufenen Legataren gegenüber die Verpflichtung zur Bezahlung der Vermächtnisse übernommen haben, so beschränkt sich diese Verpflichtung doch nur auf den frei disponiblen Theil des Verlassenschaftsvermögens. Denn die Legatare waren schon ursprünglich nicht berechtigt, zu ihrer Befriedigung den den Pflichttheil bildenden Theil des Nachlaßvermögens in Anspruch zu nehmen. Ein solches Recht kann ihnen aber auch nicht durch die Erbserklärung erwachsen, weil sich diese nicht auf den Pflichttheil bezieht, mithin eine stillschweigende Zugestehung dieses Rechtes in der Erbserklärung nicht enthalten ist. Wenn es daher auch richtig ist, daß die Erben durch die Erbserklärung ihren Willen, die Legate zu bezahlen, aussprechen, so folgt daraus doch nur, daß die Erben für die Legate mit der Erbschaft, d. i. mit dem pflichttheilsfreien Nachlaßvermögen zu haften haben, weil die Notherben durch die Erbserklärung nur diese Erbschaft, keineswegs aber das ihnen schon vor der Erbserklärung und ohne dieselbe zugestandene Recht auf den Pflichttheil angetreten haben. Ueberdieß enthält kein Gesetz, am wenigsten aber der §. 808 des b. G. B., den Ausspruch, daß der testamentarisch als Erbe berufene Notherbe, wenn er die Erbschaft aus dem Testamente antritt, für die Erfüllung des Testamentes auch mit dem Pflichttheil zu haften habe, vielmehr verfügt §. 774 des b. G. B. dadurch, daß er jede den Pflichttheil beschränkende Bedingung oder Belastung ausdrücklich nur auf jenen Nachlaßtheil, welcher den Pflichttheil übersteigt, beziehbar erklärt, ausdrücklich das Gegentheil.

und sich aus dem Testamente erbserklärt. Hierzu kömmt noch, daß zum Verluste eines Rechtes nach dem Hfd. vom 31. October 1785 eine ausdrückliche Verzichtleistung erforderlich ist, welche hier offenbar nicht vorliegt. Ueberdem könnte es bei der entgegengesetzten Auslegung häufig geschehen, daß die Absicht des Testators, seine Notherben zu begünstigen, geradezu vereitelt würde; denn hätte dieser im Vertrauen auf die wohlwollende Absicht des Testators seine Erbserklärung eingebracht, und es zeigte sich in der Folge, daß der Nachlaß durch die Vermächtnisse erschöpft würde, so verlöre er sogar seinen Pflichttheil, während anderseits der eingesetzte Notherbe, der aus bloßer Vorsicht, um seinen Pflichttheil zu retten, die Erbschaft ausschlüge, vielleicht auf ein bedeutendes, ihm wirklich zugedachtes Vermögen verzichtete, wenn dieses nämlich im Zuge der Verlassenschaftsabhandlung weit größer erscheint, als man Anfangs glaubte. Die Antretung oder Ausschlagung der testamentarischen Erbschaft würde daher zu einem bloßen Glücksspiele herabsinken, und oft dem berufenen Erben gegen das Gesetz und den Willen des Erblassers das ihm gebührende nehmen, oder jemandem etwas zuwenden, dem der Erblasser offenbar nichts zuwenden wollte [1]).

§. 809.

Uebertragung des Erbrechtes.

Stirbt der Erbe eher, als er die angefallene Erbschaft angetreten oder ausgeschlagen hat; so treten seine Erben, wenn der Erblasser diese nicht ausgeschlossen, oder nicht andere Nacherben bestimmt hat, in das Recht, die Erbschaft anzunehmen oder auszuschlagen (§. 537).

1. Hat der Erbe den Erblasser überlebt, so geht nach §. 537 das Erbrecht auch vor Uebernahme der Erbschaft, wie andere frei vererbliche Rechte, auf seine Erben über, wenn es anders durch Entsagung oder auf eine andere Art noch nicht erloschen war. Hatte also der eingesetzte Erbe die ihm angefallene Erbschaft bereits angetreten, ist aber nach überreichter Erbserklärung gestorben, so müssen sich seine Erben die Folgen der von ihm eingebrachten Erbserklärung gefallen lassen, und es ist ihnen nicht gestattet, dieselbe zu widerrufen, oder die unbedingte abzuändern und sich die Rechtswohlthat des Inventars vorzubehalten (§. 806).

2. Ist der Erbe gestorben, bevor er die angefallene Erbschaft angetreten hat, so treten seine Erben in das Recht, die Erbschaft anzunehmen oder auszuschlagen, ein; es gebührt ihnen also dasselbe Recht der Ueberlegung, wie es dem unmittelbaren Erben zustand, er mag um den Erbfall gewußt haben oder nicht, und die Erbeserben mögen in Folge eines Erbvertrages, einer giltigen letztwilligen Anordnung oder kraft des Gesetzes einschreiten. Immer müssen sie aber den Nachlaß dessen, welchem die fragliche Erbschaft angefallen war, bereits selbst angenommen haben, denn erst dadurch können sie das Erbrecht als einen Bestandtheil dieses Nachlasses (§. 537) für sich in Anspruch nehmen, und sohin auf Grundlage desselben das Recht ausüben, die betreffende Erbschaft mit oder ohne die Rechtswohlthat des Inventars anzutreten oder auszuschlagen [2]). Das dem Verstorbenen zugestandene Recht zur

---

[1]) Vgl. den Civilrechtsfall in Nr. 14 und 15 der allg. österr. Ger. Ztg. vom Jahre 1854. Franz E. hatte seine beiden Kinder zu seinen Universalerben eingesetzt, jedoch zugleich mehrere Legate angeordnet. Beide Söhne überreichten ihre bedingte Erbserklärung zu dem Nachlasse ihres Vaters aus dem Testamente desselben, ohne in dieser Eingabe von ihrem Pflichttheile Erwähnung zu thun. In der Folge zeigte sich aus dem Stande der Verlassenschaft, daß sie in ihrem gesetzlichen Pflichttheile offenbar verkürzt werden würden, wenn die Legatare vor ihnen aus dem vorhandenen disploniblen Vermögen befriediget werden sollten. Sie stellten daher die Bitte, daß bei der Vertheilung des Nachlaßvermögens vor allem ihr Pflichttheil gewahrt und ihnen zunächst aus dem unbelasteten Vermögen des Erblassers zugewiesen werde. Die erste und zweite Instanz fand diesem Ansuchen nicht stattzugeben, ihre Entscheidungen wurden jedoch über den ergriffenen außerordentlichen Revisionsrecurs von dem k. k. obersten Gerichts- und Cassationshofe mit Verordnung vom 14. October 1853, Z. 8449, aufgehoben. — In ähnlicher Weise wurde der von Dr. Dierl (im Jurist, Bd. 3, S. 318) erwähnte Rechtsfall entschieden.

[2]) Dieser Ansicht ist auch Turnes in der allg. österr. Ger. Ztg. J. 1862 in Nr. 140: Können die Repräsentanten eines nach dem Erblasser verstorbenen Erben das nach §. 537 des b. G. B. an sie übergangene Erbrecht unmittelbar nach dem Erblasser oder nur mittelbar dadurch ausüben, daß der Erbtheil des verstorbenen Erben für dessen Verlassesmasse ausgeschieden und erst bei dieser das Erbrecht des Repräsentanten verhandelt werden muß?

Erbfolge geht auf dessen Erben ungetheilt über, und es kann daher jeder von ihnen die ganze Erbschaft annehmen oder ablehnen; es ist so anzusehen, als wären die Erben des Delaten unmittelbar mit einander zur Erbschaft des Erblassers berufen [1]).

3. Eine Ausnahme von dem eben aufgestellten Grundsatze würde dann Platz greifen, wenn der Erblasser die Erbeserben ausdrücklich ausgeschlossen hätte, und zwar käme hier, wie schon Nippel (Erläut. Bd. 5, S. 202) bemerkt hat, zu unterscheiden, ob der Erblasser diejenigen Erben, welche ausgeschlossen sein sollen, namentlich aufgeführt, oder aber in allgemeinen Ausdrücken angeordnet hat, daß die Erben des Erben ausgeschlossen sein sollen. Im ersten Falle sind nämlich die namentlich bezeichneten Erbeserben so anzusehen, als ob sie zu erben unfähig wären, und es können demnach die anderen (nicht ausgeschlossenen) Erben des Verstorbenen noch immer zur Succession gelangen [2]). Hat er aber die Erbeserben in allgemeinen Ausdrücken ausgeschlossen, welcher Fall vernünftiger Weise nur dann gedenkbar ist, wenn der Erblasser durch Testament einen Erben ernannt hat, so treten die eigenen Intestaterben des Erblassers an die Stelle des ersteren, weil hier offenbar ist, daß der Erblasser bloß zu Gunsten der Person des eingesetzten Erben von der gesetzlichen Erbfolge abweichen wollte.

4. Eine weitere Ausnahme fände dann statt, wenn der Erblasser für den Fall, als der eingesetzte Erbe die Erbschaft nicht erlangen sollte, im Wege der Substitution (§. 604) einen Nacherben berufen hat, denn an diesen kömmt nun, da der Substitutionsfall eben eintritt, zunächst die Reihe, und nicht an die (dadurch stillschweigend ausgeschlossenen) Erbeserben.

5. Hatte der Erbe die ihm angefallene Erbschaft bereits ausgeschlagen, als er mit Tode abging, so ist sein Erbrecht durch Entsagung erloschen (§. 537), kann also nicht mehr auf eine andere Person übertragen werden.

§. 810.

Vorkehrungen vor Einantwortung der Erbschaft: a) Verwaltung;

Wenn der Erbe bei Antretung der Erbschaft sein Erbrecht hinreichend ausweiset, ist ihm die Besorgung und Benützung der Verlassenschaft zu überlassen.

1. Die Abhandlungsbehörden sind, wie schon oben erwähnt wurde, durch den §. 71 des Pat. vom 9. August 1854, Nr. 208 des R. G. Bl., angewiesen, sogleich nach eingelangter Todesfallsaufnahme zu bestimmen, ob und welche Vorkehrungen zur Sicherstellung und Verwaltung der Verlassenschaft zu treffen sind.

2. Sind die Erben gänzlich unbekannt, oder machen sie, obgleich sie bekannt sind, von ihrem Erbrechte ungeachtet der erfolgten Verständigung keinen Gebrauch, so hat das Gericht einen Verlassenschafts-Curator zu bestellen, welcher die Verwaltung und Vertretung des Nachlasses, insbesondere die Eintreibung der Activforderungen desselben zu besorgen, und sobald es mit Sicherheit geschehen kann, die Erbschaftsgläubiger und Vermächtnißnehmer zu befriedigen hat. Handelt es sich hierbei darum, Klagen im Interesse der Erbschaftsmasse bei Gericht anzubringen, oder Vergleiche einzugehen, so bedarf der Curator hierzu der Genehmigung der Abhandlungsbehörde, welche nach der Wichtigkeit des Gegenstandes die eingeschrittenen Erben oder die sonst Betheiligten zu vernehmen hat (§§. 78, 128 und 129 des o. a. Pat. v. 9. August 1854).

3. Ist dagegen der Erbe bekannt, und hat er die ihm zugefallene Erbschaft auch wirklich angetreten, so ist es wohl das natürlichste, daß ihm die Besorgung und Benützung des Nachlasses eingeräumt werde; denn seine Interessen sind wahr=

---

[1]) S. Unger, Erbrecht, S. 153, Anmerkg. 17.

[2]) Hat der Erblasser z. B. den A als Erben eingesetzt, von dessen drei Söhnen B, C und D aber den D namentlich ausgeschlossen, so können B und C immerhin den ihren Vater (A) angefallenen Nachlaß erwerben.

scheinlicher Weise am nächsten dabei betheiligt. Der Erbe muß nämlich schon bei der Erbserklärung den Rechtstitel, aus welchem er die Erbschaft in Besitz nehmen will, dem Gerichte ausweisen; es ist also immerhin anzunehmen, daß ihm auch wirklich der Nachlaß werde eingeantwortet werden, und es waltet daher kein Anstand ob, ihm schon vorläufig die Besorgung desselben zu überlassen, wodurch die Kosten einer fremden Verwaltung erspart werden, und er sogleich den Vortheil der Benützung des Nachlaßvermögens erlangt.

4. Damit aber die oben angedeutete Vorkehrung mit Beruhigung ergriffen werden könne, ist es nothwendig, daß der Erbe sein Erbrecht hinreichend (gehörig, wie der §. 122 des Pat. vom 9. August 1854 sich ausdrückt) ausgewiesen habe, wozu ihm die erforderliche Anweisung zu ertheilen ist. Es genügt also nicht die bloße Angabe des Erbrechtstitels, sondern es muß auch wenigstens eine Art von Bescheinigung über denselben geliefert werden. Ein Erbvertrag oder ein Testament, auf welches sich die Erbserklärung gründet, müßte demnach von allen in die Augen fallenden inneren und äußeren Gebrechen frei befunden werden [1]), und ebenso müßte der gesetzliche Erbe seine Verwandtschaft u. s. w. darthun. Dagegen kann ihm nicht aufgebürdet werden, auch die Negative zu beweisen, daß ihm keine Unfähigkeitsursache zur Last falle, oder daß sein Erbrechtstitel durch keinen andern wieder aufgehoben werde.

5. Wäre das Erbrecht nicht hinreichend ausgewiesen, oder von einer anderen Seite bestritten, oder würden collidirende Erbserklärungen (s. oben S. 440 d. W.) überreicht werden, so kann die Vorschrift des §. 810 nicht zur Anwendung kommen, sondern es müßte vielmehr nach der Weisung der §§. 347 u. 968 die Sequestration des Nachlasses eingeleitet und ein Curator zur Verwaltung desselben aufgestellt werden. Ebenso müßte, wenn einem Erben nach überreichter Erbserklärung die Besorgung und Benützung der Verlassenschaft bereits übertragen worden war, und erst nachträglich von einem andern vermeintlichen Erben eine widersprechende Erbserklärung eingebracht wird, ersterem die Verwaltung des Nachlasses abgenommen und die Sequestration desselben verfügt werden, vorausgesetzt natürlich, daß der Gegentheil darum ansucht, und die in den processualischen Vorschriften überhaupt enthaltenen Bedingungen der Sequestration vorhanden sind [2]).

6. Auch wenn einer von dem Erben verschiedenen Person der Fruchtgenuß des Nachlasses zugedacht worden ist, kann die Verwaltung desselben nicht dem Erben eingeräumt werden, da nach §. 509 des a. b. G. B. der Fruchtnießer das Recht hat, die Sache mit Schonung der Substanz ohne alle Einschränkung zu genießen, während ihm §. 513 ebd. die Verpflichtung auferlegt, sie als ein guter Haushalter in Stand zu halten, daher dem Erben, so lange die Fruchtnießung dauert, der Ge-

---

[1]) S. Nippel, Erläut. Bd. 5, S. 204.

[2]) In dieser Beziehung verfügt nämlich der §. 292 der a. G. O. (§. 387 der gal. u. §. 376 der ital. G. O.): „Wenn zwischen dem Kläger und Beklagten streitig ist, welchem Theile der Besitz einer Sache oder Gerechtsame gebühre, und kein Theil sein Recht zum Besitze sogleich erweisen kann, soll auf Begehren eines oder des andern Theiles die Sequestration, oder wo es thunlich ist, die Erlegung der streitigen Sache zu Gerichtshanden verwilliget werden.“ Mit Beziehung auf diesen §. wurde in dem von Y. erzählten Rechtsfalle (Jurist, Bd. 14, S. 484) die von dem später erklärten Erben angesuchte Sequestration des Nachlasses von der ersten Instanz bewilligt, und diese Entscheidung auch von dem Obergerichte bestätigt. — Nach der Meinung anderer soll hier nur der §. 293 der a. G. O. (§. 388 der gal. u. 377 der ital. G. O.) anwendbar sein, welcher bestimmt: „Da der Kläger eine Sache oder Gerechtsame ansprüchig macht, in deren Besitze der Beklagte sich befindet, und eine Gefahr erweislich macht, daß der Beklagte solche während dem Processe veräußern, verderben oder Schaden nehmen lassen dürfte, stehet demselben, gegen Darbietung hinlänglicher Sicherheit für den dem Beklagten etwa erwachsenden Schaden bevor, um die Sequestration anzulangen, worüber sogleich eine Tagsatzung anberaumt, der Beklagte mit seinen Behelfen gehört, und bei erwiesener Gefahr, gegen Leistung hinlänglicher Sicherheit, die Sequestration verwilliget werden soll.“ S. L. Stöckl: Ueber die Zulässigkeit der Sequestration beim Vorhandensein mehrerer Erbserklärungen zu einer Nachlaßrealität; im Jurist. Bd. 9, S. 123, und Ph. Ritt. von Mannagetta: Rechtsbedenken aus der österr. Civilpraxis. VII. Zur Erläuterung des §. 292 der a. G. O.; im Jurist, Bd. 6, S. 389 — dann die Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 27. August 1856, Z. 8205, in Nr. 144 der allg. österr. Ger. Ztg. vom J. 1862 und in Glaser's und Unger's Samlg. Nr. 1001, und die Entscheidung vom 11. December 1861, Z. 8110, in Nr. 47 der Ger. Halle v. J. 1862. — Uns scheint jedoch dieser Ansicht entgegenzustehen, daß dem Erben nach §. 810 nicht der Besitz, sondern nur die Besorgung des Nachlasses eingeräumt wird, da die Uebergabe in den Besitz erst durch die Einantwortung (§§. 797, 818 und 823) erfolgt, so daß die Voraussetzung des letztgenannten §. der a. G. O. hier gar nicht eintritt.

muß der Erbschaft nicht gebührt, und er auch nicht berechtigt sein kann, die im Genusse mit enthaltene, in der Regel davon untrennbare Verwaltung für sich in Anspruch zu nehmen [1]).

7. Selbst wenn dem Erben die Besorgung und Benützung des Nachlasses übertragen wurde, muß er denselben, so lange die Einantwortung nicht erfolgt ist, als eine fremde Sache betrachten, für deren Verwaltung er verantwortlich ist, und die er in jedem Augenblicke wieder herauszugeben bereit sein muß; er ist daher auch wie jeder andere Curator nach §. 233 des a. b. G. B. in allen Geschäften, welche nicht zu dem ordentlichen Wirthschaftsbetriebe gehören, und von größerer Wichtigkeit sind, an die Einwilligung des Gerichtes (der Verlassenschafts-Abhandlungs-Instanz) gebunden.

8. Zeiller behauptet (in seinem Comment. Bd. 2, S. 850), daß der erklärte Erbe nach §. 445 des a. b. G. B. auch seinen Besitztitel in das öffentliche Buch eintragen lassen könne; allein mit Recht, wie uns scheint, hat schon Nippel (Erläut. Bd. 5, S. 206) hiergegen eingewendet, daß das Erbrecht als solches sich unmittelbar nur auf die Verlassenschaft als Gesammtsache bezieht, welche nicht nur unbewegliche, sondern auch bewegliche Sachen und Rechte, ja sogar Verbindlichkeiten in sich begreift; daß ferner die Eintragung des Titels zum Besitze eines unbeweglichen Gutes den Besitz, und insofern dieser Titel von dem Eigenthümer selbst herrührt, das Eigenthum desselben gibt, während die Einräumung des Besitzes der einzelnen Verlassenschaftsstücke erst in Folge der Einantwortung des Nachlasses, keineswegs aber schon vorläufig geschehen kann [2]).

§. 811.

b) Sicherstellung oder Befriedigung der Gläubiger;

Für die Sicherstellung oder Befriedigung der Gläubiger des Erblassers wird vom Gerichte nicht weiter gesorgt, als sie selbst verlangen. Die Gläubiger sind aber nicht schuldig, eine Erbserklärung abzuwarten. Sie können ihre Ansprüche wider die Masse anbringen, und begehren: daß zur Vertretung derselben ein Curator bestellt werde, gegen welchen sie ihre Forderungen ausführen können.

1. Unter dem Nachlasse versteht man nach §. 531 nicht nur die Rechte, sondern auch die Verbindlichkeiten eines Verstorbenen, insofern sie nicht in bloß persönlichen Verhältnissen gegründet sind; durch den Tod des Verpflichteten werden daher die Rechte der Gläubiger desselben in ihrem Bestande nicht beirrt; allein so wenig bei Lebzeiten des Schuldners das Gericht von Amtswegen für die Wahrung der Rechte seiner Gläubiger zu sorgen hat, ebensowenig kann dieß im Wege der Verlassenschaftsabhandlung auf andere Weise geschehen, als daß durch die Anlegung der Sperre, die Aufnahme des Inventars und die Aufstellung eines Verlassenschafts-Curators für die Erhaltung des Nachlasses gesorgt wird. Es bleibt daher jedem Gläubiger, insofern er großjährig und sein Vermögen zu verwalten berechtiget ist, selbst überlassen, seine Rechte zu wahren; für Minderjährige und Pflegebefohlene aber haben deren Vormünder und Curatoren einzuschreiten. Immerhin kömmt jedoch auf die Verfügung des §. 73 des Pat. vom 9. August 1854 Rücksicht zu nehmen, welchem zufolge, wenn ein Nachlaß unbedeutend und nach den Umständen zu vermuthen ist, daß nur die dringendsten Verlassenschaftsschulden berichtiget werden können, das Gericht die Parteien über die Beschaffenheit und den Werth des Nachlasses, dann über den Betrag der Krankheits- und Leichenkosten und anderer mit besonderem Vorrechte verbundener Forderungen zu vernehmen und das dadurch erschöpfte Vermögen den Gläubigern an Zahlungsstatt zu überlassen hat. In dem Bescheide, wodurch die Abhandlung auf diese Art abgethan wird, müssen sohin die

---

[1]) S. die Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 10. November 1857, Z. 11543, in Nr. 25 der allg. österr. Ger. Ztg. vom J. 1858 und in Glaser's und Unger's Samlg. Nr. 464.

[2]) S. auch Unger, Erbrecht, S. 173, Anmerkg. 16.

einzelnen Forderungen der Gläubiger, zu deren Berichtigung die Ueberlassung an Zahlungsstatt erfolgt, genau angegeben werden.

2. Vor der Annahme des Erben wird die Verlassenschaft so betrachtet, als wenn sie noch von dem Verstorbenen besessen würde (§. 547). Die Gläubiger desselben können ihre Ansprüche wider die Masse gerade so vorbringen, wie sie dieß gegen den Erblasser selbst zu thun berechtiget gewesen wären; sie können daher selbst klagbar gegen dieselbe auftreten, und nach dem schon oben (S. 153 d. W.) angeführten Hfd. vom 19. Jänner 1790, Nr. 1094 der J. G. S., begehren, daß zur Vertretung des Nachlasses ein Curator bestellt, und den etwa bekannten Erben hiervon Nachricht ertheilt werde, damit wider den ersteren, allenfalls gemeinschaftlich mit den bekannten Erben, die Klage der Ordnung nach durchgeführt werde.

3. Hat der Erbe die Erbschaft bereits angenommen, so stellt er in Rücksicht auf dieselbe den Erblasser vor; beide werden in Beziehung auf einen dritten für Eine Person gehalten. Die Gläubiger des Verstorbenen sind daher berechtiget, ihre Forderungen gegen den Erben, und zwar bei der bedingten Erbserklärung mit der Beschränkung auf das Verlassenschaftsvermögen, bei der unbedingten Erbserklärung aber ohne diese Beschränkung geltend zu machen. Sie können zu diesem Ende klagbar auftreten, ja wenn sie gegen den Erblasser bereits eine richterliche Entscheidung erwirkt hätten, diese gegen den Erben zur Execution bringen, ohne daß es etwa einer neuerlichen Liquidirung ihrer Forderung bedürfte; ebenso müßte es ihnen gestattet sein, die gegen den Verstorbenen bereits zuerkannte Execution wider die Erben desselben fortzusetzen. Sollten ihre Ansprüche etwa noch nicht fällig sein, so wären sie eine provisorische Sicherstellung nur nach allgemeinen processualischen Grundsätzen, wenn aber die Bedingungen derselben eintreten, gegen die Erben gerade so wie gegen den Erblasser selbst zu fordern berechtiget.

4. Das Recht der Gläubiger, gegen die Verlassenschaftsmasse klagbar aufzutreten, und die Bestellung eines Curators, gegen welche sie ihre Forderungen ausführen können, zu begehren, steht ihnen übrigens auch dann noch zu, wenn sich die Erben bereits über die Annahme der Erbschaft erklärt haben; denn der §. 811 räumt den Gläubigern bloß ein Befugniß ein, verpflichtet sie aber keineswegs, die Erben des Schuldners, ihren Wohnort und ihre Vertreter ausfindig zu machen, noch erklärt er eine, nach der Erbserklärung an einen Curator ad actum gemachte Zustellung für null und nichtig [1]).

§. 812.

c) Absonderung der Verlassenschaft von dem Vermögen des Erben;

Besorget ein Erbschaftsgläubiger, ein Legatar oder ein Notherbe, daß er durch Vermengung der Verlassenschaft mit dem Vermögen des Erben für seine Forderung Gefahr laufen könne; so kann er vor der Einantwortung verlangen, daß die Erbschaft von dem Vermögen des Erben abgesondert, vom Gerichte verwahrt oder von einem Curator verwaltet, sein Anspruch darauf vorgemerkt und berichtiget werde. In einem solchen Falle hat ihm aber der Erbe, obschon dieser sich unbedingt als Erbe erklärt hätte, aus eigenem Vermögen nicht mehr zu haften.

1. Schon den Römern war das Rechtsinstitut der separatio bonorum bekannt, vermöge dessen die Erbschaftsgläubiger und Legatare, um sich vor einer ihnen nachtheiligen Concurrenz der Gläubiger des Erben zu bewahren, die Absonderung der Erbschaft von dem Vermögen des letzteren begehren konnten. Auf dem gleichen Principe beruht nun auch die in dem vorstehenden §. normirte „Absonderung der Verlassenschaft von dem Vermögen des Erben". Vor allem haben

[1]) S. die Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 24. November 1854, Z. 12058, in der allg. österr. Ger. Ztg. 1855, Nr. 1; und den Civilrechtsfall in Nr. 20 der Gerichts-Halle v. J. 1862. — Eine entgegengesetzte Entscheidung fällte der oberste Gerichtshof unter dem 4. November 1857, Z. 9842, in dem in der allg. öst. Ger. Ztg. J. 1858, Nr. 38 mitgetheilten Rechtsfalle, mit Berufung auf §. 547 des a. b. G. B., nach welchem die erklärten Erben den Erblasser repräsentiren. S. auch Unger Erbrecht, S. 173, Anmerkg. 17.

nämlich die Gläubiger ein Recht, aus dem Nachlasse befriedigt zu werden, da die Verbindlichkeiten, die der Erblasser aus seinem Vermögen zu leisten gehabt hätte, auch nach dessen Tode noch auf demselben haften (§§. 531 und 547). Man kann ihnen also gegen ihren Willen keinen andern Schuldner, dessen persönlicher und reeller Credit weit schwächer sein kann, aufdringen [1]). Nächst den Gläubigern sind es die Legatare, welchen kraft der ausdrücklichen Verfügung des Erblassers ein vorzüglicher Anspruch auf den Nachlaß derselben zusteht, so daß sie sich gegen den mit der Entrichtung der Vermächtnisse Onerirten, d. i. in der Regel gegen den Erben, gewissermaßen in dem Verhältnisse eines Gläubigers zu seinem Schuldner befinden (vgl. oben S. 286 d. W.). Endlich waltet auch bei den Notherben bezüglich ihres Pflichttheiles ein ähnliches Verhältniß ob, indem ihnen das Gesetz, unabhängig von dem Willen des Erblassers, einen bestimmten Theil der Verlassenschaft zuweist. Alle diese Personen könnten daher durch die Vermengung der Verlassenschaft mit dem Vermögen des Erben in ihren Forderungen leicht gefährdet werden, denn beide zusammengenommen bilden sohin eine einzige Vermögensmasse, auf welche aber sämmtliche Gläubiger, sowohl die des Erblassers, als jene des Erben ihre concurrirenden Ansprüche geltend zu machen berechtiget sind; wenn demnach die Schulden des Erben sein früher besessenes Vermögen übersteigen, so ist es klar, daß den Erbschaftsgläubigern durch jene Concurrenz ein Theil ihres Bedeckungsfondes entzogen wird. Dagegen sollen sie nun durch die in Frage stehende Absonderung geschützt werden.

2. Eine Veranlassung hierzu wird in der Regel nur bei einer unbedingten Erbserklärung Platz greifen; denn nur bei dieser tritt eben jene Vermengung des Nachlasses mit dem (vielleicht überschuldeten) Vermögen des Erben ein, welche die obgedachte Gefahr mit sich bringt (s. ob. S. 442 d. W.), während bei der bedingten Erbserklärung ohnehin der Stand der Verlassenschaft durch die Aufnahme des Inventars (§. 802) sichergestellt, und diese als eine abgesonderte Masse behandelt wird, gegen welche die Gläubiger ihre Forderungen geltend machen können (§. 811). Doch auch in diesem Falle wäre eine Gefährdung dann möglich, wenn dem Erben nach §. 810 die Besorgung und Benützung der Verlassenschaft überlassen würde; es kann also auch bei einer bedingten Erbserklärung die in Frage stehende Rechtswohlthat in Anspruch genommen werden.

3. Um diese geltend zu machen, scheint es vor allem nothwendig, daß der Gläubiger, Legatar oder Notherbe sich über diese seine Eigenschaft ausweise, wobei es jedoch, wie Nippel (Erläut. Bd. 5, S. 210) meint, dem Ermessen der Abhandlungsbehörde überlassen bleiben muß, ob der gelieferte Ausweis ohne weiteres Einvernehmen als genügend angesehen werden könne, oder ob vorher noch der Erbe hierüber zu vernehmen sei.

4. Weiters muß das Begehren um Absonderung vor der Einantwortung des Nachlasses gestellt werden, denn ist diese einmal erfolgt, so ist die Erbschaft bereits in das Vermögen des Erben übergegangen, und es kann dann eine Trennung desselben nicht mehr bewerkstelliget werden.

5. Ob eine Gefahr, welche dem Gläubiger, Legatare oder Notherben durch die Vermengung des Nachlasses mit dem Vermögen des Erben droht, als wirklich vorhanden oder nahe bevorstehend nachgewiesen werden müsse, ist zweifelhaft. Der von dem Gesetze gebrauchte Ausdruck „besorgt ein Erbschaftsgläubiger u. s. w." scheint darauf hinzudeuten, daß das im §. 812 eingeräumte Recht nicht davon abhängig ist, daß eine Gefahr als wahrscheinlich dargethan werde, oder gar als erwiesen vorliege; sondern der Gläubiger, Legatar oder Notherbe scheint zum Begehren der Separation berechtigt, sobald er „besorgt", daß er durch jene Vermögensvermengung für seine Forderung Gefahr laufen könnte. Es dürfte also die subjective Besorgniß des

[1]) S. Zeiller, Comment. Bd. 2, S. 852.

Gläubigers auch ohne alle Nachweisung der Wahrscheinlichkeit oder der Wirklichkeit einer Gefahr genügen[1]).

Uebereinstimmend mit dieser Ansicht geht auch die Plenar-Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 12. Juni 1872, Z. 5778, dahin, daß zur Anwendung der im §. 812 vorgesehenen Maßregel die besondere Darthuung einer Gefahr nicht erfordert werde, insbesondere dann, wenn die geäußerte Besorgniß nach der Actenlage nicht offenbar als unwahr oder auf Kränkung berechnet erscheint.

6. Das Begehren um Absonderung des Nachlasses von dem Vermögen des Erben kann im Wege des Verfahrens außer Streitsachen gestellt werden, und ist es nicht nothwendig, zur Geltendmachung desselben eine eigene Klage einzubringen[2]).

7. Sobald von dem Gerichte die Absonderung der Verlassenschaft von dem Vermögen des Erben bewilliget wird, muß die Versiegelung des Verlassenschaftsvermögens sogleich vorgenommen (§. 44 des Pat. vom 9. August 1854) und die Erbschaft von dem Gerichte verwahrt oder von einem Curator verwaltet werden. Die Gläubiger, Legatare und Notherben können sohin auf den also gesonderten Nachlaß alle provisorischen Sicherstellungsmittel, sowie alle executiven Schritte erwirken, welche die Vorschriften über das gerichtliche Verfahren zulassen. Das Gesetz hebt insbesondere hervor, daß die gedachten Personen ihre Ansprüche auf die Erbschaft „vormerken" lassen können. Unter dieser „Vormerkung" darf aber nicht, wie an den meisten übrigen Stellen unseres a. b. G. B., eine Eintragung in die öffentlichen Bücher verstanden werden, weil die Verlassenschaft als solche (als eine Gesammtsache) keinen Gegenstand derselben bildet; ebenso wenig kann der Ausdruck „Vormerkung" auf einzelne, in der Verlassenschaft etwa vorhandene Realitäten bezogen werden, denn das Wort „darauf" gibt deutlich zu erkennen, daß das Gesetz nur eine Vormerkung auf die ganze Erbschaft, nicht auf einzelne Erbschaftsstücke vor Augen hatte, und zwar umsomehr, als die Erwerbung eines dinglichen Rechtes auf die im Nachlasse befindlichen unbeweglichen Güter nur nach den allgemeinen Vorschriften Platz greifen kann (§. 819). Man darf also hier unter „Vormerken" nichts anderes verstehen, als die Anmerkung in den Gerichtsacten, durch welche bewirkt wird, daß der die Absonderung ansuchende bei der Vertheilung der Verlassenschaft nicht etwa übergangen werde[3]).

8. Die Wirkung der geschehenen Absonderung besteht nun zuvörderst darin, daß die Gläubiger, Notherben und Legatare vor den Gläubigern des Erben ihre Befriedigung aus dem Nachlasse erhalten, und daß letztere erst dasjenige in Anspruch nehmen können, was aus demselben noch etwa erübrigt (vgl. auch §. 822).

9. Dagegen hat aber auch anderseits der Erbe, obschon er sich unbedingt als Erbe erklärt hätte, jenen Personen, welche die Absonderung der Verlassenschaft erwirkt haben, aus eigenem Vermögen nicht mehr zu haften, denn in dem Separationsbegehren liegt gleichsam die Erklärung, sich einzig und allein an den Nachlaß halten zu wollen.

---

[1]) In diesem Sinne erfloß die Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 15. September 1858, Z. 9940, in dem in Nr. 44 der Ger. Halle v. J. 1858 und in Nr. 617 in Glaser's und Unger's Sammlg. mitgetheilten Rechtsfalle; dann die Entscheidung vom 27. November 1861, Z. 7975, in Nr. 9 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1863.

[2]) Vgl. die Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 29. September 1859, Z. 10893, in Nr. 101 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1861 und in Nr. 879 der Glaser und Unger'schen Sammlg. — Selbst im politischen Wege kann die in Frage stehende Sicherheitsmaßregel erwirkt werden, wenn es sich um Ansprüche handelt, die überhaupt zur Durchsetzung im politischen Wege geeignet sind. S. die Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 17. November 1858, Z. 13124, in Nr. 8 der Ger. Halle vom J. 1859 und in Glaser's und Unger's Sammlg. Nr. 665. — Dagegen scheint es nicht zuläßig zu sein, bloß auf Grund einer letztwilligen Anordnung die Vormerkung eines darin angeordneten Legates auf der Nachlaß-Realität zu bewilligen, oder gar diese Vormerkung sohin durch die in der betreffenden Nachlaßabhandlung ergehende Einantwortung der Verlassenschaft für gerechtfertigt zu erklären; denn das Legat könnte ja auf irgend eine Weise erloschen sein, und die Einantwortung berührt die Legatare gar nicht; durch die Einantwortungsurkunde werden die Legate weder eingeräumt noch zuerkannt. (S. die Bemerkungen von Ed. Sommer in Nr. 69 der allg. österr. Gerichts-Zeitung vom Jahre 1862.)

[3]) In diesem Sinne ist auch in den §§. 77 der a. und 108 und 110 der gal. G. O. von einer Vormerkung die Rede. — Vgl. Winiwarter, bürg. Recht, Bd. 3, S. 432; Nippel, Erläut. Bd. 5, S. 211 und Schuster, Comment. beim §. 6, Nr. 6.

10. Eine andere Frage ist es, ob der §. 812 auch auf ein der Abhandlung nicht unterzogenes, nach der Einantwortung erst hervorgekommenes Verlassenschaftsvermögen anwendbar sei? Diese Frage scheint allerdings insofern bejaht werden zu müssen, daß der Gläubiger, Notherbe oder Legatar, welcher vor der Einantwortung des Nachlasses von dem Separationsrechte Gebrauch gemacht hat, verlangen kann, daß auch das später entdeckte Vermögen ebenso abgesondert, verwahrt und verwaltet werde wie das schon früher in die Abhandlung einbezogene; denn das Hervorkommen eines nachträglich aufgefundenen Verlassenschaftsvermögens begründet allerdings eine Reassumirung der Abhandlung, welche nun in derselben Weise fortgesetzt werden muß, wie sie begonnen hat; deßhalb verfügt auch der §. 179 des k. Pat. vom 9. August 1854, „daß in dem Falle, als nach erfolgter Einantwortung ein vorher nicht bekanntes Verlassenschaftsvermögen aufgefunden wird, nachträglich die erforderlichen Amtshandlungen darüber vorzunehmen seien." Die hier angeführte Gesetzesstelle bestimmt aber weiter, daß „eine neuerliche Erbserklärung und Einantwortung hierbei nicht erforderlich sei;" weil sich eben diese Acte auf den Nachlaß als Ganzes, nicht auf einzelne Theile desselben beziehen. Aus diesem Grunde, und weil die neuerlichen Amtshandlungen sich, wie gesagt, nur als Fortsetzung der früheren darstellen, scheint es uns aber nicht statthaft zu sein, daß die im §. 812 benannten Personen das Recht der Absonderung in Beziehung auf ein nach der Einantwortung hervorgekommenes Vermögen auch dann geltend machen, wenn sie sich desselben im Laufe der früheren Abhandlung nicht bedient haben [1]); wohl aber müssen ihnen alle jene Rechtsmittel zugestanden werden, welche die Vorschriften über das gerichtliche Verfahren den gefährdeten Gläubigern überhaupt darbieten, als: Verbotslegung, Sequestration, Pränotation u. dgl.

11. Haben nur einige der im §. 812 benannten Personen die Absonderung begehrt, so scheint wohl unterschieden werden zu müssen, ob der Erbe sich bedingt oder unbedingt erbserklärt hatte. Im ersten Falle kommen die Wirkungen derselben auch jenen zu Statten, welche sie nicht verlangt haben, und es waltet zwischen beiden gar kein Unterschied ob, denn der Erbe haftet jedenfalls nur so weit, als der Nachlaß reicht; von den Gläubigern aber kann keiner deßhalb ein Vorrecht vor dem andern geltend machen, daß er die Absonderung begehrte, weil diese nach dem Geiste des ganzen Rechtsinstitutes nur dazu dienen soll, die Ansprüche auf den Nachlaß den Gläubigern des Erben gegenüber zu schützen. Hat sich dagegen der Erbe unbedingt erklärt, so haben diejenigen, welche die Absonderung des Vermögens verlangten, allerdings das Recht, die vorzugsweise Befriedigung aus der abgesonderten Masse zu verlangen, und wenn diese dadurch erschöpft würde, stünde den übrigen lediglich das Recht zu, sich an das eigene Vermögen des Erben

---

[1]) Anderer Meinung ist Dr. Leopold Schiestl in seinem Aufsatze in der Zeitschr. für österr. Rechtsgel. 1844, II., S. 12 (Ist der §. 812 des a. b. G. B. auch auf ein der Abhandlung nicht unterzogenes, nach der Einantwortung hervorgekommenes Verlassenschaftsvermögen anwendbar?). Der Verfasser stützt seine Ansicht vorzüglich auf die Betrachtung, daß der Richter die Einantwortung des abgehandelten Nachlasses unter der Voraussetzung bewillige, daß alle Rechte und Verbindlichkeiten des Verstorbenen darunter begriffen — daß den letzteren im ganzen Umfange Genüge geschehen sei. Zeigt sich nun hinterher, daß diese Voraussetzung nicht richtig war, daß der Erblasser noch ein anderweitiges, der Abhandlung nicht unterzogenes Vermögen hinterlassen habe, so erscheine die Einantwortung nach Maßgabe dieses nicht abgehandelten Vermögens als indebite geschehen, und sie müsse nun in diesem Maße, so wie überhaupt ein auf falschen Grundlagen basirter gerichtlicher Act, ihre Wirkung verlieren. Daß einem solchen Schicksale die selbst gesetzmäßig erfolgte Einantwortung ganz oder theilweise unterliegen könne, davon habe man im §. 823 des a. b. G. B. das schlagendste Beispiel. — Allein diese Anschauungsweise scheint uns nicht richtig zu sein. Die geschehene Einantwortung verliert ihre Wirkung nicht, sonst müßte eine neue erfolgen, was aber nach der oben angeführten Gesetzesstelle geradezu ausgeschlossen ist; vielmehr liegt es in dem Begriffe der Einantwortung, als der Uebergabe des Nachlasses als solchen (als Gesammtsache) in den rechtlichen Besitz, daß sie ihre Wirkung auch auf das später hervorgekommene Vermögen äußere, da sich dieses eben nur als ein Bestandtheil des (schon eingeantworteten) Nachlasses im Ganzen darstellt. Hierfür scheint gerade auch der von dem Verfasser zur Begründung seiner Ansicht bezogene §. 823 zu sprechen; denn dieser weist den Erbrechtsprätendenten nach erfolgter Einantwortung auf den gewöhnlichen Rechtsweg, und gestattet ihm nicht, seine Ansprüche in der Form geltend zu machen, wie es im Laufe der Abhandlung geschehen konnte. Ein gleiches dürfte nun auch in Ansehung der Erbschaftsgläubiger, Notherben und Legatare stattfinden, wenn sie das ihnen zustehende Separationsrecht nicht schon früher ausgeübt hätten. — Vgl. auch Unger, Erbrecht, S. 177, Anmerkg. 4.

zu halten, weil sie eben dadurch, daß sie die Absonderung nicht begehrten, stillschweigend erklärt haben, sich mit der persönlichen Haftung des Erben begnügen zu wollen [1]).

12. Nach römischem Rechte findet das Separationsbegehren nicht mehr statt: a) wenn die Erbschaftsgläubiger sich als Gläubiger des Erben gerirt haben (si heredem secuti sunt). Dieß dürfte auch nach österreichischem Rechte gelten, zumal die Erklärung des Willens (mithin auch die Verzichtleistung auf das Recht der Absonderung) nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend abgegeben werden kann, wenn nur die Handlung, woraus sie gefolgert werden will, keinen vernünftigen Grund, zu zweifeln, übrig läßt (§. 863). b) Ingleichen ist das Separationsrecht in Beziehung auf jene Gegenstände ausgeschlossen, welche von dem Erben bona fide veräußert worden sind. Nach österreichischem Rechte scheint die gleiche Entscheidung auf die Verfügung des §. 367 und des später zu erörternden §. 824 gegründet werden zu können, und ebenso die Anwendung des §. 456 Platz zu greifen, vermöge welcher das im guten Glauben selbst auf eine fremde Sache erworbene Pfandrecht von dem Eigenthümer anerkannt werden muß [2]). Dagegen dürfte c) der Ausbruch des Concurses über das Vermögen des Erben vor erfolgter Einantwortung des Nachlasses dem Absonderungsbegehren der Erbschaftsgläubiger nicht im Wege stehen, denn die Concursgläubiger treten in Ansehung des Activvermögens nur in die Rechte des Cridatars ein, können daher in Erbschaftsfällen, sowie er, nur auf den reinen, nach Abzug der Schulden und übrigen Lasten verbleibenden Erbtheil Anspruch machen [3]).

13. Obwohl die unbedingte Antretung einer überschuldeten Erbschaft auch für die Gläubiger des Erben von nachtheiligen Wirkungen sein kann, indem dadurch die Verpflichtungen ihres Schuldners vermehrt werden, und das Vermögen desselben, das vielleicht zu ihrer Befriedigung hingereicht hätte, durch die Schulden des damit vermengten Nachlasses so weit erschöpft werden kann, daß es nunmehr zur Befriedigung sämmtlicher Ansprüche nicht mehr als hinlänglich erscheint, so hat das Gesetz ihnen doch nirgends ein ähnliches Recht auf Absonderung wie den Gläubigern des Erblassers (Legataren und Notherben) zugestanden, und es kann ihnen dieses Befugniß auch nicht etwa im Wege der Analogie zugesprochen werden; denn die Gläubiger des Erben befinden sich in einer wesentlich verschiedenen Lage von jener der Erbschaftsgläubiger. Nach dem Tode eines Menschen muß nämlich — wie Winiwarter in seinem bürgl. Recht Bd. 3, S. 434 hervorhebt — die Rechnung über sein Vermögen abgeschlossen, und alle, welche Ansprüche darauf haben, müssen daraus befriediget werden, zumal der Verstorbene nichts mehr erwerben und auch keine neuen Verbindlichkeiten mehr eingehen kann; die Gläubiger des Erben müssen es sich aber gefallen lassen, daß ihr Schuldner überhaupt neue Verbindlichkeiten eingeht; er kann dieses also auch durch Antretung einer überschuldeten Erbschaft thun, und es bleiben ihnen zur Wahrung ihrer Rechte nur die allgemeinen Sicherstellungs-

---

[1]) S. Nippel, Erläut. Bd. 5, S. 211. Anderer Meinung ist Unger, Erbrecht, S. 177, Anmerkg. 7. Nach ihm ist zwischen dem Falle einer bedingten und einer unbedingten Erbsantretung nicht zu unterscheiden.

[2]) Vgl. Dr. Leop. Schiestl's Abhandlung über die Frage: Ob und inwiefern ein der Abhandlung nicht unterzogenes, mit Sicherstellungen im Sinne des §. 822 des a. b. G. B. belegtes Nachlaßvermögen nach der Einantwortung der Absonderung nach §. 812 des a. b. G. B. unterliege (Zeitschr. für österr. Rechtsgel. 1845, I., S. 363). Der Verfasser spricht sich unter anderem auch dahin aus, daß eine von dem Gläubiger des Erben (selbst vor der Einantwortung) erwirkte Pfändung auf ein zum Nachlasse gehöriges Erbstück auch gegen die Verlassenschaftsgläubiger dann von Wirkung sei, wenn sie von dem Gläubiger des Erben ohne Kenntniß des Umstandes, daß der gepfändete Gegenstand einen Bestandtheil des Nachlasses bildet, erwirkt, und von dem Richter ohne den Vorbehalt des §. 822 bewilliget wurde.

[3]) Sehr ausführlich und wie uns scheint mit überzeugenden Gründen vertheidigt diese Ansicht Dr. Leopold Schiestl in dem Aufsatze: Ueber das Seperationsrecht des Erbschaftsgläubigers beim Concurse des Erben (Jurist, Bd. 19, S. 76), in welchem sich der Verfasser auch umständlich über das Verfahren ausspricht, welches in dem fraglichen Falle eingeschlagen werden muß (über die s. g. Formalisirung des Separationsrechtes im Concurse des Erben), ein Gegenstand, in dessen nähere Erörterung hier nicht eingegangen werden kann.

mittel (z. B. die Erwerbung eines Pfandrechtes oder die Eröffnung des Concurses u. dgl.) offen, wofern die gesetzlichen Bedingungen dazu vorhanden sind.

§. 813.

d) Einberufung der Verlassenschaftsgläubiger.

Dem Erben oder dem aufgestellten Verlassenschafts-Curator steht es frei, zur Erforschung des Schuldenstandes die Ausfertigung eines Edictes, wodurch alle Gläubiger zur Anmeldung und Darthuung ihrer Forderungen auf eine den Umständen angemessene Zeit einberufen werden, nachzusuchen, und bis nach verstrichener Frist mit der Befriedigung der Gläubiger inne zu halten.

§. 814.

Wirkung der Einberufung;

Die Wirkung dieser gerichtlichen Einberufung ist, daß den Gläubigern, welche sich binnen der bestimmten Zeitfrist nicht gemeldet haben, an die Verlassenschaft, wenn sie durch die Bezahlung der angemeldeten Forderungen erschöpft worden ist, kein weiterer Anspruch zusteht, als in so ferne ihnen ein Pfandrecht gebührt.

§. 815.

oder der Unterlassung derselben.

Unterläßt der Erbe die ihm bewilligte Vorsicht der gerichtlichen Einberufung; oder befriediget er sogleich einige der sich anmeldenden Gläubiger, ohne auf die Rechte der übrigen Rücksicht zu nehmen, und bleiben einige Gläubiger aus Unzulänglichkeit der Verlassenschaft unbezahlt; so haftet er ihnen, ungeachtet der bedingten Erbserklärung, mit seinem ganzen Vermögen in dem Maße, als sie die Zahlung erhalten haben würden, wenn die Verlassenschaft nach der gesetzlichen Ordnung zur Befriedigung der Gläubiger verwendet worden wäre.

1. Bei der bedingten Erbserklärung wird der Erbe nach §. 802 den Erbschaftsgläubigern nur so weit verbunden, als die Verlassenschaft für ihre und auch seine eigenen, außer dem Erbrechte ihm zustehenden Forderungen hinreicht. Um nun zu ermitteln, ob dieß der Fall sei, ist es nothwendig, den Schuldenstand des Nachlasses genau zu kennen. Zeigt sich hierbei, daß die Schuldenlast den Nachlaß übersteigt, so steht es dem Erben (oder in Ermanglung eines solchen dem Verlassenschafts-Curator) bevor, die Eröffnung des Concurses über das Verlassenschaftsvermögen zu verlangen[1]). Um nun aber den Schuldenstand gehörig zu erforschen, räumt das Gesetz dem Erben oder Verlassenschafts-Curator das Recht ein, die Ausfertigung eines Edictes zu begehren, wodurch „diejenigen, welche an die Verlassenschaft eine Forderung zu stellen haben, aufgefordert werden, binnen einer bestimmten Frist bei dem Gerichte zur Anmeldung und Darthuung ihrer Ansprüche zu erscheinen, oder bis dahin ihr Gesuch schriftlich zu überreichen, widrigens denselben an die Verlassenschaft, wenn sie durch Bezahlung der angemeldeten Forderungen erschöpft würde, kein weiterer Anspruch zukäme, als insofern ihnen ein Pfandrecht gebührt“ [2]).

---

[1]) In welchen Fällen, heißt es im §. 74 des Pat. vom 9. August 1854, wegen einer den Nachlaß übersteigenden Schuldenlast Einleitungen zur Concurseröffnung zu treffen seien, bestimmt die Concursordnung. Diese aber verfügt, und zwar der §. 62 Z. 2 der Conc. Odg. v. 25. Decbr. 1868, Nr. 1 d. R. G. Bl. f. 1869: „Wenn nach dem Tode des Schuldners der Erbe oder der Verlassenschaftscurator die Eröffnung des Concurses verlangt, so ist der Concurs sogleich zu eröffnen.“ Darnach scheint es nicht zulässig, daß von dem bedingt erklärten Erben, welcher die Eröffnung des Concurses über die Verlassenschaft ansucht, der Nachweis gefordert werde, daß er vorläufig durch die nach §. 813 des b. G. B. geschehene Convocation der Gläubiger in die Kenntniß der Unzulänglichkeit des Nachlasses gelangt sei. (Vgl. den in Nr. 91 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1853 mitgetheilten Rechtsfall.)

[2]) Formular V. zu §. 133 des Pat. vom 9. August 1854. — Wenn bei einem Civilgerichte die Verlassenschaft einer zum Militärstande gehörigen Person abzuhandeln ist, welche gegen das Militär-Aerar in Rückständen gestanden sein kann, so ist die Einberufung der Gläubiger von Amtswegen, den Vorschriften des Hfd. vom 31. December 1801, Nr. 549 der J. G. S., gemäß, mittelst Bestimmung einer Frist von sechs Monaten zu veranlassen, und die Landes-Militärbehörde davon zu verständigen (§. 134 ebd.). — Die Vorladung der Gläubiger kann nach Umständen mittelst des nämlichen Edictes geschehen, wodurch die Erben einberufen werden (§. 133 ebd. — S. oben S. 438 d. W.). Dem unbedingt erklärten Erben scheint das Rechtsmittel der Einberufung der Verlassenschaftsgläubiger wohl auch nicht geradezu abgesprochen

2. Die Wirkung dieser gerichtlichen Einberufung besteht nun zuvörderst darin, daß der Erbe oder Verlassenschafts-Curator berechtigt wird, bis nach verstrichener Edictalfrist mit der Befriedigung der Gläubiger inne zu halten. Sehr bestritten ist hierbei die Frage, wie weit dieses Befugniß reiche, und ob auch dem gerichtlichen Einschreiten der Verlassenschaftsgläubiger die Einwendung der geschehenen Convocation entgegengesetzt werden könne? Einige meinen, die Gläubiger könnten während des Edictaltermines ihre Forderungen gar nicht einmal einklagen, und thäten sie es dennoch, so müßten sie auf Grundlage der Einwendung, daß der Edictaltermin nicht exspirirt sei, abgewiesen werden. Allein hiergegen spricht wohl die Verfügung des §. 811, welche ausdrücklich festsetzt, daß die Gläubiger ihre Ansprüche wider die Masse anbringen und begehren können, daß zur Vertretung derselben ein Curator aufgestellt werde, gegen welchen sie ihre Forderungen ausführen können. Eine andere, geradezu entgegengesetzte Ansicht geht dahin, daß der §. 813 dem gerichtlich seine Forderung liquidirenden Verlassenschaftsgläubiger durchaus keine Beschränkung, weder bei der Einklagung, noch bei der executiven Eintreibung seiner Forderung auferlege; daß daher der liquidirende Gläubiger ungeachtet des noch nicht verstrichenen Convocationstermines seine Forderung einklagen, die ihm gerichtlich zugesprochene exequiren, daher die executive Pfändung, Schätzung und Feilbietung der Verlassenschaftsgüter erwirken, und aus dem gelösten Kaufschillinge seine Befriedigung verlangen könne; daß somit der fragliche §. 813 seine Wirksamkeit nur dann äußere, wenn der Erbe oder Verlassenschafts-Curator die außergerichtlich sich anmeldenden Gläubiger befriedigen wollte [1]). Hierfür spreche die schon angeführte Verfügung des §. 811, welche offenbar von dem Rechtsgrundsatze ausgehe, daß keinem Gläubiger der Rechtszug gehemmt werden solle, sowie der §. 353 der a. G. O., vermöge dessen künftig einem Stillstande nicht mehr statt gegeben werden soll, während jede Beschränkung der Verlassenschaftsgläubiger in der Ausführung und Durchsetzung ihrer Rechtsansprüche, und jede Hinausschiebung derselben auf eine spätere Zeit ein gesetzwidriges Moratorium wäre. Der Erbe stelle den Erblasser vor, und den Verlassenschaftsgläubigern stehen daher auf das Verlaßvermögen alle jene Rechte zu, die sie gegen den Erblasser selbst gehabt hätten. Wäre aber der Erblasser noch am Leben geblieben, so würde er dem klagenden Gläubiger die Einwendungen nicht haben entgegensetzen können, daß er noch nicht wisse, ob er wohl alle seine Gläubiger nach der gesetzlichen Ordnung werde befriedigen können; daher auch von dem Erben oder Verlassenschafts-Curator diese Einwendung nicht geltend gemacht werden könne [2]). — Wir möchten jedoch hiergegen erinnern, daß der §. 811 des a. b. G. B. nothwendig mit dem §. 813 im Einklange aufgefaßt, und somit in dem Falle der geschehenen Einberufung der Gläubiger dahin beschränkt werden müsse, daß vor Ablauf des Edictaltermines zwar die Einklagung und Liquidirung, nicht aber auch die executive Eintreibung der gegen den Nachlaß zu stellenden Forderungen als statthaft erscheint. Der §. 353 der a. G. O. scheint uns von einem ganz verschiedenen Rechtsinstitute zu sprechen, nämlich von jenen Moratorien, welche in einzelnen Fällen entweder durch den Beschluß der Majorität der Gläubiger oder durch eine besondere Concession des Landesfürsten herbeigeführt wurden, und in der Reichsproceß-Ordnung v. J. 1577, Tit. 23, §. 4, begründet waren, durch unsere Gerichtsordnungen aber beseitiget wurden, während hier von einem Aufschube die Rede ist, der durch die Anordnung des Gesetzes

---

werden zu können, doch wird es für ihn bei dem Umstande, daß er den Gläubigern nicht nur insoweit, als die Verlassenschaft reicht, sondern auch darüber hinaus mit seinem eigenen Vermögen haftet, ohne praktische Bedeutung sein. (S. Unger, Erbrecht, S. 184, Anmerkg. 55).

[1]) S. Dr. Wolfg. Wessely, Beitrag zur Lehre von der Einberufung der Verlassenschaftsgläubiger nach den §§. 813—815 des a. b. G. B., in der Zeitschr. für österr. Rechtsgel. 1842, I., S. 47. — Vgl. auch die Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 11. März 1853, Z. 2279, in Nr. 125 der allg. österr. Ger. Ztg. vom J. 1859 und die Entscheidung vom 29. December 1859, Z. 13601, in Glaser's und Unger's Sammlg. Nr. 944.

[2]) S. E. Gspan: Zwei Rechtsfälle über Vorrufung der Gläubiger bei Verlaßabhandlungen; in der Beilage zu Nr. 66 der allg. österr. Ger. Ztg. vom J. 1851.

(§. 813 des a. b. G. B.) selbst bewerkstelliget wird. Es ist ferner zwar richtig, daß der Erbe in Rücksicht auf die Erbschaft den Erblasser vorstellt (§. 547), es läßt sich aber deßhalb noch nicht behaupten, daß durch den Tod des Schuldners gar keine Veränderung in den Verhältnissen der Gläubiger herbeigeführt werde, ohne sich eben einer petitio principii schuldig zu machen. Das Gesetz spricht im §. 813 ganz allgemein dem Erben oder Verlassenschafts-Curator das Recht zu, mit der Befriedigung der Gläubiger inne zu halten, ohne zu unterscheiden, ob diese ihre Forderungen im gerichtlichen oder außergerichtlichen Wege geltend gemacht; und wozu sollte denn auch nach der gegentheiligen Ansicht die Gläubiger-Convocation dienen? Wir sehen darin nur eine Vorbereitung, um sohin entscheiden zu können, ob es nothwendig sei, über das Nachlaßvermögen den Concurs zu eröffnen oder nicht? Dieses muß also möglichst in dem Stande erhalten werden, in dem es sich ursprünglich befunden hat, und es hieße dem gedachten Zwecke geradezu entgegen arbeiten, wenn man, bevor über die Frage der Concurseröffnung entschieden ist, einzelnen Gläubigern gestatten wollte, ihre Ansprüche selbst im Executionswege durchzuführen, und so vor den übrigen einen Vorrang zu gewinnen, der ihnen bei der später etwa eintretenden Cridaverhandlung nicht gebührte. Uns scheint also die richtige Ansicht dahin zu gehen, daß die Forderungen der Verlassenschaftsgläubiger auch während des Edictaltermines eingeklagt, und als liquid zuerkannt werden können, daß jedoch dieses Erkenntniß nicht wie gewöhnlich dahin zu lauten habe, „die Erben (oder die Verlassenschaftsmasse) seien schuldig, binnen 14 Tagen bei Vermeidung der Execution zu bezahlen,“ sondern vielmehr dahin: „der Gläubiger sei erst dann und nur in dem Maße die Bezahlung seiner für liquid erkannten Forderung zu begehren berechtigt, wenn nach Ablauf des Edictaltermines der Activ- und Passivstand des Nachlasses richtig gestellt und ausgemittelt sein wird, wie viel auf die eingeklagte Forderung aus dem Verlassenschaftsvermögen entfalle;“ daß endlich alle etwa einlangenden Executionsgesuche auf den Convocationstermin zu verweisen seien [1]).

Im entgegengesetzten Sinne hat der oberste Gerichtshof mit Beschluß v. 9. Juli 1872, Z. 2279, den Rechtssatz in das Judicatenbuch unter Nr. 20 aufgenommen: Das dem Erben und Verlassenschafts-Curator im §. 813 a. b. G. B. eingeräumte Recht, bis nach Verstreichung der im Einberufungsedicte bestimmten Frist mit der Befriedigung der Verlassenschaftsgläubiger inne zu halten, hindert die letzteren nicht, ihre Forderung im Proceßwege geltend zu machen, und mittelst des Vollstreckungsverfahrens sich die Befriedigung zu verschaffen.

3. Eine weitere Folge der eben entwickelten Grundsätze ist es, daß die Gläubiger, wenn sie auch erst nach Ablauf des Convocationstermines zur Befriedigung ihrer Forderungen gelangen, dennoch keine Verzugszinsen anzusprechen berechtigt sind. Man sagt zwar, der Erblasser selbst, wenn er noch lebte, wäre im Verzuge, also nach §. 1334 des a. b. G. B. schuldig, die Verzugszinsen vom Tage der Klage zu entrichten, die Erben seien demnach auch dazu verpflichtet, da sie als solche alle Verbindlichkeiten des Erblassers übernehmen; allein es ist eine ganz willkürliche Annahme, daß der Erblasser, wenn er nicht gestorben wäre, sich im

---

[1]) Eine mehr das formelle Recht berührende Frage ist es, ob schon die Schlußbitte in der Klage dahin gestellt werden müsse, daß die geklagte Verlassenschaft nur schuldig sei, die Forderung nach verstrichener Edictalfrist zu bezahlen, und ob daher eine Klage, in welcher das Petitum auf sogleiche Zahlung gerichtet ist, lediglich abzuweisen, oder vielmehr nur das Erkenntniß in der oben angedeuteten Weise zu beschränken sei (vgl. den oben angeführten Aufsatz von Dr. Wolfg. Wessely), dann ob der Richter nicht allerdings sogar auf Zahlung binnen 14 Tagen zu erkennen habe, dem Erben oder Verlassenschafts-Curator aber nichts destoweniger bevorstehe, zu begehren, daß ein vor dem Ablaufe des Convocationstermines eingebrachtes Executionsgesuch auf die noch nicht verstrichene Edictalfrist verwiesen werde. (Vgl. hierüber Dr. Jos. Ellinger: Kurze Erörterung der Frage, ob die Executionsgesuche der Verlassenschaftsgläubiger auf den Nachlaß auch dann aufrecht zu verbescheiden sind, wenn der Erbe um die Ausfertigung der Convocationsedicte einschritt, und sohin eine Convocationstagsatzung der Erbschaftsgläubiger anberaumt wurde? in der Zeitschr. für österr. Rechtsgel. 1841, I., S. 187, und den von Dr. Josef Wessely in der Themis, neue Folge, Hft. I, S. 39 mitgetheilten Rechtsfall über die Gläubigervorrufung bei Verlassenschaften.) Sollen wir in Kürze unsere Meinung hierüber aussprechen, so scheint uns, daß das Urtheil nicht auf Zahlung binnen 14 Tagen bei sonstiger Execution lauten könne, weil es dann geradezu eine Unwahrheit enthielte, daß es dem Richter aber allerdings gestattet sei, innerhalb des Klagebegehrens zu erkennen, folglich auch das auf sogleiche Zahlung lautende Petitum in der oben angedeuteten Weise zu beschränken.

Verzuge befunden hätte, sondern es ist vielmehr zu vermuthen, daß er seiner Verpflichtung nachgekommen sein würde, wenn er am Leben geblieben wäre; nach §. 1334 fällt eine Verzögerung dem Schuldner überhaupt dann zur Last, wenn er den durch Gesetz oder Vertrag bestimmten Zahlungstag nicht zuhält; diese Verfügung paßt aber offenbar nur auf einen lebenden Schuldner, denn ein verstorbener kann den Zahlungstag nicht zuhalten, folglich auch für einen Zahlungsaufschub nicht verantwortlich werden; sollen demnach einem Gläubiger Verzugszinsen für eine, erst nach dem Tode des Schuldners eintretende Verzögerung zuerkannt werden, so müßte diese Verzögerung den Erben zur Last fallen, in einem Verschulden derselben begründet sein (§. 1295); dieß läßt sich aber hier nicht behaupten, denn derjenige, der von seinem Rechte (hier der Erbe von dem durch den §. 813 ihm eineingeräumten Rechte) innerhalb der rechtlichen Schranken Gebrauch macht, hat den für einen andern daraus entspringenden Nachtheil nach §. 1305 nicht zu verantworten [1]).

4. Was nun das weitere Verfahren bei der Convocation der Gläubiger anbelangt, so bestimmt der §. 135 des Pat. vom 9. August 1854 darüber, daß, wenn die Gläubiger aufgefordert worden, an einem bestimmten Tage vor Gericht zu erscheinen, auch die bekannten Erben oder der Verlassenschafts-Curator zu dieser Tagsatzung vorzuladen seien. Ueber die bei derselben angemeldeten Erbschaftsansprüche und Forderungen wird sohin ein eigenes Protokoll aufgenommen, welches den Abhandlungsacten beizulegen ist. Darin muß der Name und der Wohnort jedes Erben oder Gläubigers oder seines Bevollmächtigten, die Beschaffenheit der Ansprüche oder Schuldforderungen und der Tag der Ausstellung der allenfalls vorgewiesenen Urkunden angemerkt werden. Schriftliche Anmeldungen sind diesem Protokolle beizufügen, und die Erben oder der Verlassenschafts-Curator davon zu verständigen. Bei den Bezirksgerichten ist, wenn es von den Erben oder dem Verlassenschafts-Curator verlangt wird, bei der zur Anmeldung der Ansprüche angeordneten Tagsatzung auch die Richtigkeit und der Betrag der angemeldeten Forderungen soviel möglich in das klare zu setzen. Der Erbe ist hierbei über jede einzelne Schuldpost zu vernehmen und die Angabe des Gläubigers mit den beigebrachten Schuldurkunden und anderen Behelfen zu vergleichen. Das Anmeldungsprotokoll muß in diesem Falle außer den eben erwähnten Punkten zugleich enthalten, ob und in welchem Betrage jede Forderung von dem Erben für richtig erkannt wurde. Forderungen, über welche keine Ausgleichung zu Stande kommt, sind auf den Weg Rechtens zu verweisen. Nach Umständen kann auch einzelnen bekannten Gläubigern eine besondere Vorladung zur gerichtlichen Liquidation ihrer Forderungen zugestellt werden (§. 136 ebd.).

5. Jene Gläubiger, welche ihre Forderungen angemeldet und dargethan haben, können sohin aus dem Nachlasse ihre Befriedigung begehren, und wenn dieser dazu nicht hinreichen sollte, die Eröffnung des Concurses verlangen.

6. Verabsäumt es ein Gläubiger, sich binnen der bestimmten Frist zu melden, so erlischt zwar dadurch seine Forderung nicht, allein die Vertheilung des Nachlasses wird nach Verlauf des Edictaltermines mit den sich meldenden ungehindert vorgenommen, und der säumige Gläubiger hat es sich selbst zuzuschreiben, wenn er etwa durch seine Nachlässigkeit Schaden leidet, indem die Verlassenschaft durch die angemeldeten Forderungen erschöpft wird. Hierbei macht es keinen Unterschied, ob der Gläubiger, der die Edictalfrist unbenützt verstreichen ließ, später vor oder nach der wirklichen Auszahlung der übrigen Gläubiger auftritt. Es heißt zwar im §. 814, den säumigen Gläubigern stehe dann kein weiterer Anspruch auf die Verlassenschaft zu, wenn sie durch die Bezahlung der angemeldeten Forderungen erschöpft worden ist, und Nippel folgert hieraus (Erläut. Bd. 5, S. 217),

---

[1]) Vgl. den oben angeführten Aufsatz von Dr. Josef Wessely, insbesondere Seite 64 u. ff.

daß der Gläubiger, der sich zwar nach Ablauf des Edictaltermines, aber vor der wirklichen Auszahlung meldet, seine Ansprüche gleich denjenigen geltend machen könne, die sich innerhalb der Einberufungsfrist gemeldet haben; allein mit Recht müßte man fragen, wozu denn eine Frist zur Anmeldung bestimmt würde, wenn dadurch nicht die Ausschließung derjenigen bewirkt werden sollte, welche sich nicht zur gehörigen Zeit gemeldet haben [1])? Und würde dadurch nicht der Zweck der ganzen Einberufung offenbar vereitelt werden?

7. Eine Ausnahme findet nur in Ansehung derjenigen Gläubiger statt, denen ein Pfandrecht gebührt, denn dieses kann als ein dingliches Recht gegen jedermann ausgeübt werden. Der Pfandgläubiger braucht also, insofern er sich bloß an das Pfand zu halten beabsichtigt, seine Forderungen innerhalb des Edictaltermines nicht anzumelden, und er würde in diesem Falle nur dann zu Schaden kommen können, wenn der Betrag seiner Forderung den Werth des Pfandes überstiege.

8. Wird von Seite des Erben oder Verlassenschafts-Curators behauptet, daß der Nachlaß nicht hinreicht, um sämmtliche Gläubiger zu befriedigen, so entsteht die weitere Frage, ob hierbei der in dem Inventare ausgewiesene Stand der Verlassenschaft (s. oben S. 445 d. W.) als Maßstab anzunehmen sei, oder ob die Gläubiger nicht vielmehr auf die Realisirung des Nachlaßvermögens im Wege der öffentlichen Feilbietung dringen können? Uns scheint das letztere der Fall zu sein, denn der §. 814 bestimmt, daß den Gläubigern, welche sich binnen der gehörigen Zeit nicht gemeldet haben, nur dann kein weiterer Anspruch zustehe, wenn die Verlassenschaft durch die angemeldeten Forderungen erschöpft worden ist, und ebenso legt der §. 815 dem Erben die Haftung aus seinem eigenen Vermögen (unter den gleich unten zu erörternden Voraussetzungen) in dem Maße auf, als die Gläubiger ihre Befriedigung erhalten haben würden, wenn die Verlassenschaft nach der gesetzlichen Ordnung hierzu verwendet worden wäre; die Verlassenschaft besteht aber nicht in dem Inventarialwerthe, sondern nach §. 531 in dem Inbegriffe aller nicht bloß persönlichen Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers [2]).

9. Es scheint aber auch weiter, daß in dem Falle der Unzulänglichkeit des Nachlasses kein Gläubiger verbunden werden kann, sich eine Vertheilung desselben, wodurch er allenfalls an seiner Forderung Abbruch erlitte, gefallen zu lassen, außer sie würde ganz „nach der gesetzlichen Ordnung“ (§. 815) vorgenommen; eine solche Vertheilung dürfte aber nur durch die Eröffnung des Concurses eingeleitet werden, und diese scheint daher das einzige wirksame Mittel zu sein, durch welches sich der bedingt erklärte Erbe vor einer Verantwortlichkeit aus eigenem zu schützen vermag [3]); denn die Einberufung der Gläubiger gibt dem Erben (oder Verlassenschafts-Curator) nur eine Richtschnur, um zu beurtheilen, ob es möglich sein wird, die Verlassenschaftsgläubiger ohne Eröffnung eines Concurses zu befriedigen; nach Ablauf der Edictalfrist muß er sich zu dem einen oder andern entschließen. Zeigt sich nun, daß der Passivstand den Activstand übersteigt, daß also nicht alle Gläubiger in vollem Maße aus dem Nachlasse befriediget werden können, so ist das Concursverfahren das alleinige Mittel, um jede Forderung an ihre gehörige Stelle zu setzen, und die Masse „nach der gesetzlichen Ordnung“ zu repartiren.

---

[1]) S. Winiwarter, bürgl. Recht, Bd. 3, S. 436.

[2]) S. Gspan: Zwei Civilrechtsfälle über Vorrufung der Gläubiger bei Verlaßabhandlungen (allg. österr. Ger. Ztg. 1851, Blge. zu Nr. 66).

[3]) S. Franz Zlobitzky: Ueber die Einwendung des aus einer Schuld des Erblassers geklagten Erben, daß ihm die Erbschaft mit der Rechtswohlthat der Inventur eingeantwortet worden sei, so wie des auf Abführung des Legates belangten Erben, daß die Verlassenschaftsmasse nicht hinreiche (Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1841, II., S. 17). Anderer Meinung ist Unger (Erbrecht, S. 185, Anmerkg. 17), doch gesteht er selbst zu, daß das erbschaftliche Liquidationsverfahren in der österr. Gesetzgebung nicht genügend geregelt ist, und daß daher die Rangordnung unter den Gläubigern durch Uebereinkunft derselben, oder vom Gerichte nach den Regeln des „materiellen Concursrechtes“ festgesetzt werden müßte.

Daher ist nach §. 62, Z. 2 der Concurs-Ordnung, wenn nach dem Tode des Schuldners der Erbe oder der Verlassenschafts-Curator die Eröffnung des Concurses verlangt, der Concurs sogleich zu eröffnen.

10. Nachdem das Gesetz dem Erben so wie dem Verlassenschafts-Curator das Mittel an die Hand gibt, den Stand des Nachlasses genau zu erforschen, und wenn letzterer nicht hinreicht, sämmtliche Gläubiger zu befriedigen, eine gesetzmäßige Vertheilung (s. oben) unter dieselben vorzunehmen, mußte es auch andererseits die Vernachlässigung dieser Vorsicht mit den entsprechenden nachtheiligen Folgen bedrohen; es soll nämlich durch einen solchen Vorgang die Lage der Gläubiger nicht verschlimmert werden; sie können also jedenfalls verlangen, insoweit befriediget zu werden, als sie die Zahlung erhalten haben würden, wenn die Verlassenschaft nach der gesetzlichen Ordnung zur Tilgung der Erbschaftsschulden verwendet worden wäre. In diesem Maße haftet der Erbe, ungeachtet der bedingten Erbserklärung, mit seinem eigenen Vermögen, weil er selbst an diesem Ausfalle Schuld trägt (§. 1295). Keineswegs aber können die Ansprüche der Gläubiger hierdurch erweitert werden. Hätte also z. B. irgend ein Gläubiger selbst bei einer gesetzmäßigen Vertheilung des Nachlasses nur 80 Procent seiner Forderung erhalten, so muß er sich jedenfalls einen 20procentigen Abzug gefallen lassen, und kann von dem Erben, selbst wenn er die in Frage stehenden Vorsichten außer Acht gelassen, nicht die volle Bezahlung fordern; bis zum Belaufe von 80 Procent haftet ihm aber der Erbe mit seinem eigenen Vermögen, wenngleich aus dem Nachlasse gar nichts, oder nur ein geringerer Betrag mehr erübrigte.

11. Eine ausdrückliche, und auch ganz aus der Natur der Sache geschöpfte Verfügung bestimmt, daß der Beneficiarerbe nach erfolgter Einantwortung der Verlassenschaft nicht mehr berechtigt sei, die Eröffnung des Concurses über dieselbe zu verlangen (Hfd. vom 27. März 1846, Nr. 948 der J. G. S.), weil dieselbe aufgehört hat, als eine selbständige Masse zu existiren; dagegen scheint das Rechtsmittel der Einberufung der Verlassenschaftsgläubiger allerdings noch in Anwendung gebracht werden zu können [1]).

12. Wird einem Gläubiger der Nachlaß jure crediti eingeantwortet, so sind nach §. 73 des Gesetzes vom 9. August 1854 in dem betreffenden Bescheide die einzelnen Forderungen der Gläubiger, zu deren Berichtigung die Ueberlassung an Zahlungsstatt erfolgt, genau anzugeben.

13. Auch der Fiscus hat rücksichtlich der ihm als erblos zufallenden Verlassenschaften das Recht, die Einberufung der Gläubiger zu veranlassen [2]).

§. 816.

e) Ausweisung über die Erfüllung des letzten Willens, entweder von dem Testaments-Executor;

Hat der Erblasser einen Vollzieher (Executor) seines letzten Willens ernannt; so hängt es von dessen Willkür ab, dieses Geschäft auf sich zu nehmen. Hat er es übernommen; so ist er schuldig, entweder als ein Machthaber die Anordnungen des Erblassers selbst zu vollziehen, oder den saumseligen Erben zur Vollziehung derselben zu betreiben.

§. 817.

oder dem Erben.

Ist kein Vollzieher des letzten Willens ernannt; oder unterzieht sich der ernannte dem Geschäfte nicht; so liegt dem Erben unmittelbar ob, den Willen des Erblassers so viel möglich zu erfüllen, oder die Erfüllung sicher zu stellen, und sich gegen das Gericht darüber auszuweisen. In Ansehung bestimmter Legatare hat er bloß darzuthun, daß er denselben von dem ihnen zugefallenen Vermächtnisse Nachricht gegeben habe (§. 688).

---

[1]) S. dagegen Saleri, casi pratici. Milano 1836, pag. 33 und Beretta, Giorn. di giurispr. 1853, pag. 100.

[2]) Just. Min. Erl. v. 7. Juli 1851, Z. 7628.

§. 818.

Was der Erbe, ehe er zum Besitze der Erbschaft gelangen kann, an Abgaben zu entrichten, und im Falle, daß sein Erblasser gegen das Staats-Aerarium in Verrechnung gestanden ist, hierwegen auszuweisen habe, darüber enthalten die politischen Verordnungen die besondere Vorschrift.

§. 819.

Wann die Erbschaft einzuantworten.

Sobald über die eingebrachte Erbserklärung der rechtmäßige Erbe vom Gerichte erkannt, und von demselben die Erfüllung der Verbindlichkeiten geleistet*) ist, wird ihm die Erbschaft eingeantwortet und die Abhandlung geschlossen. Uebrigens hat der Erbe, um die Uebertragung des Eigenthumes unbeweglicher Sachen zu erwirken, die Vorschrift des §. 436 zu befolgen.

1. Es ist ein schon mehrmals hervorgehobener Grundsatz unseres Erbrechtes, daß der Wille des Erblassers, sobald er nichts unmögliches oder gesetzwidriges enthält, auf das genaueste erfüllt werden müsse. Hierzu ist nun der Erbe unmittelbar (aus den §§. 548, 649, 699, 709) verpflichtet (§. 817), der Erblasser kann aber auch noch insbesondere jemanden mit der Vollziehung seines letzten Willens betrauen, welche Personen dann Testamentsvollzieher (Testamentsvollstrecker, Testaments-Executoren) genannt werden. Die Berufung eines Testamentsvollstreckers kann, wie uns scheint, gleich jener eines testamentarischen Vormundes (Bd. I, S. 315 d. W.), nicht bloß in einem giltigen Testamente, sondern überhaupt durch eine Willenserklärung geschehen, welche im Zustande der vollen Besonnenheit, mit Ueberlegung und Ernst, frei von Zwang, Betrug und wesentlichem Irrthum abgegeben wurde, und gerichtsordnungsmäßig erwiesen werden kann, und es können nach der Analogie des §. 1018 sowohl Manns- als Frauenspersonen und auch solche, die sich selbst zu verbinden unfähig sind, dazu berufen werden[1]).

2. Ist in dem letzten Willen ein Testaments-Executor ernannt, so ist demselben diese Anordnung des Erblassers von dem Gerichte bekannt zu machen. Auch kann demselben zugleich die Curatel für minderjährige oder pflegebefohlene Erben, deren gesetzlichen Vertretern aus dem Grunde, weil entweder ihr eigenes Interesse mit dem ihrer Mündel oder weil das Interesse der von ihnen vertretenen Mündel unter sich im Widerspruche steht, die Vertretung bei der Abhandlung untersagt ist (§§. 271 und 272 des a. b. G. B.); für vermuthliche Erben oder Miterben, deren Aufenthaltsort unbekannt oder so weit entfernt ist, daß sie in gehöriger Zeit ihre Rechte selbst zu vertreten nicht im Stande sind; für die durch Familien-Fideicommisse oder durch fideicommissarische Substitution, sowie überhaupt für die durch letztwillige Anordnung unmittelbar zur Erbfolge berufene, noch nicht geborne Nachkommenschaft; für diejenigen Stiftungen oder öffentlichen Anstalten, für welche noch kein Vertreter des Staatsschatzes bestellt ist, und bis zur Zeit, wo die Behörde hierüber eine Verfügung getroffen hat; endlich für Verlassenschaften, deren Erben

---

*) Soll wohl heißen: „ausgewiesen" ist.

[1]) S. auch den Aufsatz: Ueber die Ernennung eines Testaments-Executors in Nr. 5 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1864. — Die entgegengesetzte Ansicht wird vertheidigt in zwei Aufsätzen in Nr. 7 der a. ö. Ger. Ztg. vom nämlichen Jahre. Dr. A. Kuh stützt seine Ansicht vorzüglich darauf, daß eine letztwillige Anordnung nicht bloß (nach §. 552) vermögensrechtliche Bestimmungen, sondern (nach §. 553) auch anderweitige Verfügungen enthalten könne. Dieß ist nun ganz richtig; allein es ist damit nicht dargethan, daß diese „anderweitigen Verfügungen" nur in einem Testamente und nicht auch in einer formlosen Erklärung getroffen werden können; auch scheint uns der Testaments-Executor keineswegs als ein „Mandatar der Verlassenschaft" angesehen werden zu können, was übrigens ohnehin auf die Entscheidung der Frage von keinem Einflusse wäre, — sondern er erhält sein Mandat von dem Erblasser, und da eben nirgends bestimmt ist, daß ein solches Mandat nur in einer förmlichen letzten Willenserklärung ertheilt werden könne, §. 1005 im Gegentheile vorschreibt: „Bevollmächtigungsverträge können mündlich oder schriftlich geschlossen werden," so müssen wir an unserer oben entwickelten Ansicht festhalten. Dieselbe Bewandtniß hat es aber dann auch mit dem Widerrufe der in einer letzten Willenserklärung enthaltenen Ernennung eines Testaments-Executors. Da diese unseres Erachtens der Solennitäten eines Testamentes nicht bedarf, vielmehr mit andern rechtsgiltigen Willenserklärungen bezüglich der zu beobachtenden Förmlichkeiten auf gleicher Linie steht, so scheint uns auch zum Widerrufe keine weitere Form nöthig zu sein, als die einer jeden giltigen Willenserklärung, ohne daß es dabei einen Unterschied macht, ob die zu widerrufende Verfügung in einem Testamente oder außerhalb desselben getroffen wurde.

gänzlich unbekannt sind, oder welche, obgleich sie bekannt sind, von ihrem Erbrechte ungeachtet der erfolgten Verständigung keinen Gebrauch machen — insofern er sie zu übernehmen fähig und bereit ist, anvertraut werden (§. 80 des Pat. vom 9. August 1854).

3. Da außer den im Gesetze bestimmten Fällen niemandem durch eine Privatverfügung willkürlich eine Last auferlegt werden kann, so hängt es von dem freien Willen des Berufenen ab, ob er das Geschäft eines Testamentsvollstreckers übernehmen wolle oder nicht. Im letzteren Falle tritt der Erbe an seine Stelle (§. 817) und hat unmittelbar den Willen des Erblassers so viel als möglich in Vollzug zu setzen. Im ersten Falle erscheint der Testaments-Executor als ein Bevollmächtigter (§. 816), und ist daher verpflichtet, seine Obliegenheiten dem erhaltenen Auftrage gemäß, emsig und redlich zu erfüllen, sowie alle Mittel anzuwenden, die mit der Natur des Geschäftes nothwendig verbunden, oder der erklärten Absicht des Testators gemäß sind (§. 1009).

4. Mag nun ein eigener Testaments-Executor bestellt, oder die Vollziehung des letzten Willens unmittelbar dem Erben übertragen sein, so ist es die Pflicht des letzteren, nicht nur die Anordnungen des Erblassers nach Möglichkeit zu erfüllen, sondern auch sich gegen das Gericht darüber auszuweisen. In dieser Testaments-Ausweisung hat der Erbe Punkt für Punkt zu zeigen, inwiefern die durch Testament oder Codicill getroffenen Anordnungen des Erblassers vollzogen seien (§. 157 des Pat. v. 9. August 1854), und es dürfte daher selbst ein, von sämmtlichen Erben getroffenes Uebereinkommen, insoweit es mit den Verfügungen des Erblassers im Widerspruche steht, zur Genehmigung des Gerichtes nicht geeignet erscheinen [1]).

5. Substitutionen und Anordnungen, welche denselben nach den §§. 707 bis 709 des a. b. G. B. gleichzuhalten sind, müssen auf die denselben unterworfenen Güter in den öffentlichen Büchern eingetragen werden. Haben solche Anordnungen oder Substitutionen Capitalien oder anderes bewegliches Vermögen zum Gegenstande, welches dem eingesetzten Erben oder Legatar ausgefolgt werden soll, so muß dasselbe, insofern nicht die Sicherstellung in dem letzten Willen selbst erlassen ist, oder die Betheiligten rechtsgiltig darauf Verzicht leisten, pupillarmäßig versichert werden. Diese Vorschriften gelten auch von dem Fruchtgenusse der Erbschaft oder eines Erbtheiles (§. 158 ebd.). Ist jemandem ein Nachlaß unter einem Auftrage zugedacht, so kann nach Umständen auf die Erfüllung desselben geklagt werden, und jedenfalls hat der Abhandlungsrichter für dessen Vollziehung Sorge zu tragen [2]).

6. Ist ein Legatar minderjährig oder pflegebefohlen, oder ist dessen Person noch ungewiß, so ist das Legat entweder gerichtlich zu erlegen oder gehörig zu versichern. Einem Legatar, dessen Aufenthaltsort unbekannt ist, ist die erfolgte gerichtliche Deponirung oder Sicherstellung des Vermächtnisses durch Edict bekannt zu machen (§. 160 ebd.). In Rücksicht der übrigen Vermächtnisse ist es hinreichend, darzuthun, daß die Legatare davon gerichtlich oder außergerichtlich Nachricht erhalten haben.

7. Den Minderjährigen oder Pflegebefohlenen zugedachte Vermächtnisse sind von Amtswegen den Vormündern oder Curatoren derselben bekannt zu machen (§. 83 ebd.). Die den Staatscassen oder öffentlichen Anstalten, einer Gemeinde, Kirche, Schule, den Armen oder einer frommen Stiftung durch das Gesetz oder einen letzten Willen zugefallenen bedeutenden Vermächtnisse sind von den Gerichten sogleich dem Statthalter bekannt zu machen. Eben dahin ist am Ende jeden halben Jahres ein Verzeichniß sämmtlicher geringeren Vermächtnisse

[1]) S. die Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 30. April 1852, Z. 4149, in Nr. 140 der allg. österr. Ger. Ztg. J. 1853, und die Entscheidung v. 3. Mai 1854, Z. 4497, ebd. J. 1854, Nr. 82.

[2]) S. Unger, Erbrecht, S. 84.

der angeführten Art zu übersenden (§. 84 ebd.); und es darf vor ausgewiesener Bezahlung oder Sicherstellung der für Arme, Stiftungen, Kirchen, Schulen, geistliche Gemeinden, öffentliche Anstalten, oder sonst zu frommen oder gemeinnützigen Zwecken bestimmten Legate die Einantwortung der Verlassenschaft nicht erfolgen. Die Ausfertigung des Stiftbriefes über solche Legate kann jedoch auch erst nach der Einantwortung geschehen (§. 159 ebd.). Die Vermächtnißnehmer sind übrigens sowohl vor als nach der Einantwortung für fortlaufende jährliche Zahlungen und andere Vermächtnisse, deren Bezahlung entweder wegen noch nicht verstrichener gesetzlicher Frist (§. 685 des a. b. G. B.) oder wegen einer in dem letzten Willen beigefügten Zeitbestimmung oder Bedingung noch nicht gefordert werden kann, gesetzliche Sicherstellung zu fordern berechtiget (§. 161 ebd.).

8. Können die Vermächtnisse wegen Unzulänglichkeit der Masse nur zum Theile berichtiget werden, so hat der Erbe, welchem die Rechtswohlthat des Inventars zu Statten kommt, eine Berechnung des reinen Verlassenschaftsvermögens und des verhältnißmäßigen Abzuges an jedem Legate vorzulegen (§. 163 ebd.). Entsteht ein Zweifel, ob ein minderjähriger oder ein pflegebefohlener Notherbe in dem Pflichttheile verletzt sei, so muß von Amtswegen auf eine nach den Bestimmungen der §§. 783—789 des a. b. G. B. eingerichtete Pflichttheils-Ausweisung gedrungen werden (§. 162 ebd.). Der Testamentsausweis ist, wenn der Erblasser einen Testaments-Executor ernannt hat, von diesem und dem Erben gemeinschaftlich, sonst nur von dem letzteren zu liefern (§. 164 ebd.).

9. Den Schluß der Verlassenschaftsabhandlung bildet, wie schon erwähnt, die Einantwortung, d. i. die Uebergabe des Nachlasses in den rechtlichen Besitz. Damit dieselbe stattfinden kann, muß der Erbe a) vorerst die Erbschaft angetreten, d. h. sich erklärt haben, dieselbe annehmen zu wollen. Er muß ferner b) von dem Gerichte als rechtmäßiger Erbe erkannt werden, und zu diesem Ende sein Erbrecht gehörig darthun; sollten daher widersprechende Erbserklärungen eingebracht worden sein, so müßte der Ausgang des Erbrechtsstreites abgewartet werden, bevor zur Einantwortung geschritten werden kann. Der Erbe hat weiters c) nach Umständen auszuweisen, daß er die vom Gesetze oder von dem Erblasser ihm auferlegten Verbindlichkeiten erfüllt, oder mindestens, wenn dieß nicht sogleich geschehen könnte, deren Erfüllung (z. B. die Errichtung eines Monumentes) sichergestellt (§. 817), und d) die von der Verlassenschaft zu entrichtenden Gebühren berichtiget habe.

10. Das Gericht hat dafür zu sorgen, daß die eben angeführten Ausweise ohne Verzögerung geliefert werden, damit, wenn kein Hinderniß mehr im Wege steht, die Einantwortung erfolgen, im entgegengesetzten Falle aber die Nachtragung des fehlenden angeordnet werden könne (§. 149 des Pat. vom 9. August 1854). Zu diesem Ende haben die Gerichtshöfe den Erben in der Regel zur schriftlichen Ueberreichung der erforderlichen Ausweise anzuweisen und ihm angemessene Fristen hierzu zu bestimmen (§. 150 ebd.). Die Bezirksgerichte haben bei kleinen und weniger schwierigen Verlassenschaften sich zu bestreben, daß so viel möglich das ganze Abhandlungsgeschäft, nämlich die Todesfallsaufnahme, die Inventur, die Erbserklärung, die wechselseitige Anerkennung des Erbrechtes, der Ausweis der den Erben obliegenden Verbindlichkeiten und nach Umständen die später zu erwähnende Erbtheilung, oder der endliche Erbausweis in einem fortlaufenden Protokolle berichtiget und besonders, wo dürftige Erben einschreiten, diesen kein unnützer Zeitverlust verursacht werde (§. 151 ebd.). Ist dieses nicht thunlich, so hat das Bezirksgericht, nachdem die erforderlichen Vorbereitungen getroffen sind, die Erben und Parteien, deren Vernehmung nothwendig ist, zu einer besonderen Tagsatzung vorzuladen, um die Abhandlungsausweisung mit ihnen aufnehmen zu können. Bei größeren Verlassenschaften, oder wenn es die Parteien verlangen, können denselben jedoch auch von den Bezirksgerichten schriftliche Ausweise abgefordert, oder gestattet werden,

solche zur Tagsatzung mitzubringen. Bei Verlassenschaften von Landleuten ist die Abforderung schriftlicher Ausweise zu vermeiden, und deren Beibringung nur über ausdrückliches Verlangen der Parteien zu gestatten (§. 152 ebd.). Verlassenschaften von Personen, welche mit dem Staatsschatze in Verrechnung gestanden sind, dürfen ohne Zustimmung der Behörde, welche es betrifft, nicht eingeantwortet werden (§. 156 ebd.).

11. Sobald von dem Erben alle ihm obliegenden Verbindlichkeiten erfüllt werden, ist ihm die Verlassenschaft einzuantworten, die allenfalls erfolgte Versiegelung der Masse aufzuheben und die Verlassenschaftsabhandlung für beendiget zu erklären.

12. In der Einantwortungs-Verordnung muß insbesondere: 1. der Name und Vorname des Erblassers und der Tag seines Todes; 2. der Name und Vorname des Erben, der Rechtstitel zur Erbschaft, die Art der Erbserklärung, und wenn mehrere Erben eintreten, das Verhältniß, nach welchem sie an der Erbschaft Theil nehmen, mit Berufung auf die vor der Einantwortung etwa bereits vorgenommene Erbtheilung ausgedrückt sein. Es muß 3. daraus ersichtlich sein, ob die Verlassenschaft dem Erben als freies Eigenthum zugefallen, oder inwiefern er in Rücksicht des Fruchtgenusses oder der Verfügung über die Substanz durch ein bestehendes Fideicommiß-, Lehen- oder Substitutionsband beschränkt sei. Bei Substitutionen und den denselben gleichgestellten Anordnungen ist insbesondere der Substitut, welchem das Vermögen bei dem Eintritte des Substitutionsfalles übergeben werden soll, so weit er bereits bekannt ist, mit Bestimmtheit zu bezeichnen. 4. Ist der Erbe minderjährig oder pflegebefohlen, so muß dieses ausdrücklich bemerkt werden (§. 174 des Patents vom 9. August 1854).

13. Auf Grundlage der Einantwortung erfolgt dann die wirkliche Uebergabe des eingeantworteten Vermögens an den Erben. Zu diesem Ende werden die beweglichen, bei Gericht hinterlegten, oder in der Verwahrung eines dritten befindlichen Gegenstände dem Erben oder dessen Stellvertreter ausgefolgt. Ist der Erbe minderjährig oder pflegebefohlen, so hat die Abhandlungsbehörde, wenn sie zugleich Pupillar- oder Curatelsbehörde ist, dafür zu sorgen, daß demselben das eingeantwortete Vermögen, sofern es sich in gerichtlicher Verwahrung befindet, in dem Depositenamte zugeschrieben werde; ist sie dagegen nicht zugleich Pupillar- oder Curatelsbehörde, so hat sie dem zuständigen Gerichte von der erfolgten Einantwortung Nachricht zu geben, und die zur Depositirung geeigneten Gegenstände dahin zu überschicken (§. 176 des Pat. vom 9. August 1854). Befindet sich eine bewegliche, zum Nachlasse gehörige Sache bereits in den Händen des Erben (§. 810), so bedarf es keiner weiteren Uebergabe. Zur Erlangung des Eigenthums unbeweglicher Güter oder der auf unbeweglichen Gütern haftenden Forderungen ist aber die Eintragung in die öffentlichen Bücher nach §. 436 erforderlich. Dieselbe kann von dem Erben nur bei der Abhandlungsbehörde angesucht werden, welche sie, wenn die Einantwortung rechtskräftig ist, zu bewilligen, und sofern das unbewegliche Gut einer anderen Gerichtsbehörde untersteht, dieselbe um den Vollzug zu ersuchen hat (§. 177 des Pat. vom 9. August 1854). Denjenigen, welchen in die öffentlichen Bücher eingetragene unbewegliche Güter, oder auf denselben haftende Forderungen aus einer Verlassenschaft nicht als Erben, sondern als Vermächtnißnehmer, oder durch eine während der Abhandlung an sie erfolgte Veräußerung zufallen, ist von der Abhandlungsbehörde auf ihr Ansuchen die Bestätigung zu ertheilen, daß sie in den öffentlichen Büchern als Eigenthümer eingetragen werden können. Diese Vorschrift ist auch dann anzuwenden, wenn die Abhandlungsbehörde in einem Lande ihren Sitz hat, wo Landtafeln, Stadt- oder Grundbücher oder andere öffentliche Bücher dieser Art nicht bestehen, insofern die Erbschaft solche unbewegliche Güter und darauf haftende Forderungen umfaßt, deren Eigenthum nach den Gesetzen des Ortes, wo sie liegen, nur durch die Eintragung in das öffentliche

Buch erwirkt werden kann. Liegen die unbeweglichen Güter in Ländern, wo andere Vorschriften über die Erwerbungsart der dinglichen Rechte bestehen, so haben sich die Abhandlungsbehörden und die Betheiligten an die darüber bestehenden Normen zu halten (§. 178 ebd.) [1].

14. Sind mehrere Erben vorhanden, so muß auch bestimmt werden, zu welchem Theile (ob zur Hälfte, einem Drittheile, einem Viertheile) die Erbschaft jedem eingeantwortet werde. In die Theilung selbst hat sich das Gericht in der Regel nicht einzumengen, sondern diese den Theilhabern selbst zu überlassen. Die Beendigung der Verlassenschaftsabhandlung ist daher auch in Fällen, wo Minderjährige oder Pflegebefohlene als Erben einschreiten, in der Regel nicht bis zur Erbtheilung aufzuschieben. Wo sich jedoch keine Hindernisse zeigen, insbesondere bei kleinen, in barem Gelde, Schuldforderungen oder Fahrnissen bestehenden Verlassenschaften, ist immer auch mit Beiziehung der gesetzlichen Vertreter der Mündel oder Pflegebefohlenen die Erbtheilung vorzunehmen (§. 165 des Pat. v. 9. August 1854). Bei größeren oder verwickelten Verlassenschaften, bei welchen Minderjährige oder Pflegebefohlene entweder allein oder in Verbindung mit Großjährigen eintreten, ist die Erbtheilung, je nachdem es die Umstände zulassen, vor oder nach der Einantwortung vorzunehmen und von der Abhandlungsbehörde zu genehmigen, oder nach Umständen der Pupillarbehörde zur Genehmigung mitzutheilen (§. 166 ebd.). Bei der Berechnung der reinen Erbschaft zum Zwecke der Erbtheilung ist zuerst das Verlassenschaftsvermögen nach dem Inventarium, mithin nach dem Zustande, in welchem es sich am Todestage des Erblassers befunden hat, anzusetzen, sodann die später erfolgte Vermehrung oder Verminderung desselben, und der Betrag der Schulden und Lasten auszuweisen. Bei verkauften Gütern und Fahrnissen ist der Verkaufspreis in Anschlag zu bringen. Der Werth unverkaufter Güter und Fahrnisse, welche mehreren Erben nach Verhältniß ihrer Erbtheile gemeinschaftlich zufallen, kann nach dem Inventarium berechnet werden, wenn auch diesem eine bei einer andern Gelegenheit errichtete Schätzung, der Kaufpreis bei einer früheren Besitzveränderung oder ein Anschlag nach den Steuerregistern zum Grunde gelegt worden wäre. Sollen aber in der Pflichttheils-Ausweisung oder in dem Entwurfe der Erbtheilung die einzelnen Gegenstände nicht jedem Erben verhältnißmäßig zugewiesen werden, so ist der Werth der Güter, wenn es zum Besten der Mündel oder Pflegebefohlenen nothwendig erscheint, oder von einem anderen Miterben gefordert wird, durch eine nach geschehener Vorladung der Theilnehmenden aufgenommene gerichtliche Schätzung darzuthun (§. 167 ebd.). Am Ende des Ausweises müssen die Bestandtheile des zu der Zeit, wo die Anrechnung abgeschlossen wird, vorhandenen reinen Erbschaftsvermögens bestimmt angegeben werden. Hierauf hat die Berechnung über die Größe des Erbtheiles jedes Pflegebefohlenen und eine Verzeichnung der Gegenstände zu folgen, auf welche jeder der Betheiligten für sich allein oder in Gemeinschaft mit anderen angewiesen wird. Ob zugleich eine Naturaltheilung vorgenommen werden soll, bleibt der Beurtheilung der Vormundschafts- oder Curatelsbehörde, mit Rücksicht auf das Interesse der Pflegebefohlenen, überlassen. Auch müssen bei jeder Erbtheilung die Vorschriften über die Beschränkung der Theilbarkeit unbeweglicher Güter strenge beobachtet werden (§. 168 ebd.). Wenn bei einer Verlassenschaft nur großjährige Erben einschreiten, welche sich selbst zu vertreten fähig sind, so hängt es von ihrer Willkür ab, ob sie

[1]) Vgl. die Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 27. November 1860, Zahl 12576, in Nr. 37 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1861. „Nach den Grundsätzen der österreichischen Gesetzgebung — heißt es in den dießfälligen Entscheidungsgründen — vollzieht sich der Uebergang der Erbschaft auf den Erben mittelst Zwischenkunft des Richters durch die Einantwortungsverordnung, so daß während des Abhandlungsverfahrens den Erbsansprechern nur die Verwaltung und Benützung des Nachlasses eingeräumt werden darf. (§§. 810, 819, 797 des a. b. G. B.)“ . . . „Wollte man dem Erben das Recht zugestehen, nach erfolgter Antretung der Erbschaft vor Beendigung der Abhandlung über die Verlassenschaft nach Willkür zu verfügen, so wäre der Zweck des gerichtlichen Verfahrens der Nachlaßberichtigung vereitelt und insbesondere die Vorschrift des §. 812 des a. b. G. B. illusorisch.“

die Erbtheilung gerichtlich oder außergerichtlich, vor oder nach der Einantwortung vornehmen wollen (§. 170 ebd.). Wird von denselben um die gerichtliche Vornahme der Erbtheilung angesucht, so ist über dieses Gesuch eine Tagsatzung anzuordnen, bei derselben mit den Erben, soweit sie in Güte zu vereinigen sind, die Erbtheilung zu berichtigen, und ein genaues Protokoll darüber aufzunehmen. Wenn die Erben eine bereits vollständig ausgefertigte Theilungsurkunde zur Tagsatzung mitbringen und bekräftigen, daß sie ihrem Willen gemäß sei, so hat das Gericht der Urkunde die Bestätigung über diese gerichtlich abgegebene Erklärung beizufügen, und dieselbe bei den Abhandlungsacten zu verwahren (§. 171 ebd.). In streitigen Fällen kann jeder Miterbe mittelst der Erbtheilungsklage (actio familiae erciscundae) auf Theilung der Erbschaft dringen (§§. 831 und 832 des a. b. G. B.). Zu diesem Behufe muß er vor allem die Anerkennung seines Erbrechts (Miterbrechts) erwirkt haben. Die Erbtheilungsklage verfolgt einen doppelten Zweck, nämlich die Vertheilung des gemeinschaftlichen Erbvermögens, und die Regelung der aus dem Miterbenverhältnisse und der Sachgemeinschaft entspringenden gegenseitigen Rechtsansprüche, wie auf Anrechnung der Vorausempfänge (§. 793 des a. b. G. B.), Entrichtung der Vorausvermächtnisse (§. 648 ebd.) und Berichtigung der Ansprüche wegen in gemeinsamer Angelegenheit oder im gemeinsamen Interesse gemachter Auslagen, sowie wegen aus der gemeinsamen Erbschaft gezogener Vortheile oder ihr zugefügter Nachtheile.

15. Wenn der Erblasser einen einzigen Erben hinterlassen hat, und dieser minderjährig ist, oder unter Curatel steht, so ist vor oder nach der Einantwortung an die Stelle der Erbtheilung mit Beiziehung des Vormundes oder Curators ein endlicher Ausweis über den reinen Activstand der Verlassenschaft, welcher bei der künftigen Führung der Vormundschafts- oder Curatelsrechnung zum Anhaltspunkte zu dienen hat, zu verfassen und der gerichtlichen Prüfung und Genehmigung zu unterziehen (§. 172 des Pat. v. 9. August 1854).

16. Die eben angeführten Vorschriften hinsichtlich der Erbtheilung und des Endausweises über den Stand der reinen Verlassenschaft sind, soweit sie ihrer Beschaffenheit nach Anwendung finden, auch dann zu beobachten, wenn bei einer Verlassenschaft die Armen, eine Stiftung, Gemeinde, Kirche, öffentliche Anstalt, oder der Staatsschatz als Erben betheiliget sind, oder wenn es sich um Lehen, Fideicommisse und Substitutions-Erbschaften handelt (§. 173 ebd.).

17. Wird nach erfolgter Einantwortung ein vorher nicht bekanntes Verlassenschaftsvermögen aufgefunden, so sind nachträglich die erforderlichen Amtshandlungen darüber vorzunehmen. Eine neuerliche Erbserklärung und Einantwortung ist hierbei nicht erforderlich (§. 179 des Pat. vom 9. August 1854). Wird nach erfolgter Einantwortung der Erbschaft eine letzte Willenserklärung entdeckt, so ist sie der Behörde, welche die Abhandlung gepflogen hat, vorzulegen, von derselben kund zu machen, und bei den Acten aufzubehalten; auch sind hiervon auf Verlangen der Betheiligten Abschriften zu ertheilen. Eine neuerliche Abhandlung der Erbschaft findet nicht statt. Die Personen, denen aus der kundgemachten letztwilligen Anordnung Rechte erwachsen könnten, und welche bei deren Kundmachung nicht gegenwärtig gewesen sein sollten, sind davon in Kenntniß zu setzen, und es steht ihnen frei, ihre Rechte gegen den Erbschaftsbesitzer im ordentlichen Wege geltend zu machen (§. 180 ebd.).

§. 820.

Haftung der gemeinschaftlichen Erben.

Mehrere Erben, welche eine gemeinschaftliche Erbschaft ohne die rechtliche Wohlthat des Inventariums angetreten haben, haften allen Erbschaftsgläubigern und Legataren, selbst nach der Einantwortung, Alle für Einen und Einer für Alle. Unter sich aber sind sie nach Verhältniß ihrer Erbtheile beizutragen schuldig.

§. 821.

Haben die gemeinschaftlichen Erben von der rechtlichen Wohlthat des Inventariums Gebrauch gemacht; so sind sie vor der Einantwortung den Erbschaftsgläubigern und Legataren nach dem §. 550 zu haften verbunden. Nach der erfolgten Einantwortung haftet jeder Einzelne selbst für die, die Erbschaftsmasse nicht übersteigenden Lasten, nur nach Verhältniß seines Erbtheiles.

1. Vor der Einantwortung ist die Erbschaft als ein ungetheiltes Ganzes anzusehen, daher auch die Erben, sie mögen die Erbschaft bedingt oder unbedingt angetreten haben, in Ansehung ihres gemeinschaftlichen Erbrechtes nur als Eine Person zu betrachten sind, und mithin den Erbschaftsgläubigern und Legataren gegenüber alle für einen und einer für alle zu haften haben [1]).

2. Auch nach der Einantwortung stellen die Erben in Rücksicht auf die Erbschaft den Erblasser vor (§. 547); allein in Beziehung auf ihre Haftung macht es nunmehr einen wesentlichen Unterschied, ob sie sich bedingt oder unbedingt erbserklärt haben. Bei der bedingten Erbserklärung haftet jeder nur nach Verhältniß seines Antheiles.

3. Bei der unbedingten Erbserklärung tritt den Erbschaftsgläubigern und Legataren gegenüber eine solidarische Haftung der Miterben ein. Dieß hat aber dann auch die Wirkung, daß der Gläubiger oder Legatar, der seine volle Befriedigung von einem der Miterben erhalten hat, von den übrigen nichts mehr fordern darf (§. 893), und daß der Miterbe, der die ganze Schuld aus dem seinigen abgetragen hat, berechtiget ist, von den andern den Ersatz zu verlangen (§. 896).

§. 822.

Sicherheitsmittel der Gläubiger des Erben.

Gläubiger des Erben können zwar das ihm angefallene Erbgut auch vor der an ihn erfolgten Einantwortung, mit Verbot, Pfändung, oder Vormerkung belegen. Eine solche Sicherstellung kann jedoch nicht anders, als mit dem ausdrücklichen Vorbehalte ertheilet werden, daß sie den bei der Abhandlung der Verlassenschaft vorkommenden Ansprüchen unnachtheilig, und erst von Zeit der erlangten Einantwortung wirksam sein solle.

1. Durch die Einantwortung geht der Nachlaß in das Vermögen des Erben über, und hört auf, eine selbständige Masse zu bilden [2]), er kann also von diesem Augenblicke an gleich den übrigen Vermögensbestandtheilen des Erben von dessen Gläubigern in Anspruch genommen werden, und die Gläubiger des Erblassers können als solche vor ihnen keinen Vorzug behaupten.

2. Das Erbrecht bildet aber auch schon vor der Einantwortung einen Bestandtheil des Vermögens des Erben, so daß es nach §. 537 selbst vor der Uebernahme der Erbschaft, wie andere freivererbliche Rechte, auf seine Erben übergeht. Es entsteht also die Frage, ob die Gläubiger des Erben nicht berechtiget seien, auch diesen Vermögenstheil ihres Schuldners in Execution zu ziehen? [3]), eine Frage,

---

[1]) Eigentlich haften sie, wie Unger (Erbrecht S. 187, Anmerkg. 4) ganz richtig bemerkt, vor der Einantwortung noch gar nicht als persönliche Schuldner, sondern erscheinen nur als Vertreter des Nachlasses.

[2]) Deßhalb kann auch ein Erbschaftsgläubiger nach erfolgter Einantwortung seine Klage nicht mehr gegen die (nicht mehr abgesondert existirende) Erbschaftsmasse, sondern nur gegen den Erben richten. Vgl. den Aufsatz von K. Prockner: Rechtsfall über die Wirkungen verschiedener Erbserklärungen nach geschehener Erbschaftseinantwortung in Folge einer gegen die Erben angestrengten Klage eines unbefriedigt gebliebenen Gläubigers und einer durch diese Klage hervorgerufenen exceptio fori declinatoria (im Jurist, Bd. 14, S. 182).

[3]) Die Beantwortung dieser Frage gab zu sehr lebhaften Discussionen in unserer juristischen Literatur Anlaß. Siehe Staudinger (L.): Ueber die Execution eines in den öffentlichen Büchern eingetragenen Erbrechtes (Zeitschr. für österr. Rechtsgel. 1833, II., S. 241). — Eigner (J.): Ueber die Execution eines in den öffentlichen Büchern eingetragenen Erbrechts (ebd. 1836, I., S. 1). — Wildner (Dr. Ignaz v.): Ueber die Execution des Erbrechts und der einzelnen Verlassenschaftsstücke (ebd. 1836, II., S. 381). — Nippel: Beitrag zur Erörterung der Frage, inwieweit die Executionsführung auf ein angefallenes, jedoch noch nicht angetretenes Erbrecht Platz greife (ebd. 1837, I., S. 386). — Winiwarter: Noch ein Wort über die Frage, ob das Erbrecht außer dem Falle des Concurses ein Gegenstand der Execution sei (ebd. 1840, I., S. 253). — Tschutschegg (B.): Auch noch ein Wort über die Frage, ob ein angefallenes Erbrecht nach den österreichischen Gesetzen ein Gegenstand der Execution sei (ebd. 1844, II., S. 91).

welche durch das Hfd. vom 3. Juni 1846, Nr. 968 der J. G. S., dahin beantwortet wurde, „daß dem Gläubiger des Erben nach §. 822 des a. b. G. B. Verbot, Pfändung oder Vormerkung nur auf einzelne Erbschaftssachen, nicht auf das Erbrecht im Ganzen bewilliget werden könne."

3. Die hier angedeuteten Sicherstellungsmittel können übrigens von den Gläubigern des Erben nur insofern ergriffen werden, als ihnen dieses überhaupt nach den Grundsätzen des materiellen und formellen Rechtes gestattet ist, also z. B. insofern sie einen gehörigen Pfandrechtstitel nachzuweisen vermögen, denn das Gesetz wollte ihnen weder im §. 822 noch in dem Hfd. vom 3. Juni 1846 einen solchen ertheilen, sondern nur den Zweifel beheben, ob Gegenstände, die sich noch nicht in dem Eigenthume des Schuldners befinden, mit Sicherstellungen belegt werden können?

4. Von den im §. 822 erwähnten Sicherstellungsmitteln beziehen sich das Verbot und die Pfändung auf bewegliche, die Vormerkung auf unbewegliche Sachen und in den öffentlichen Büchern eingetragene Rechte, dann wohl auch auf gerichtliche Erläge, die in den Depositenbüchern verzeichnet erscheinen. Bei der Eintragung in die öffentlichen Bücher ergibt sich hierbei die Schwierigkeit, daß die zu versichernde Forderung auf eine Realität vorgemerkt werden soll, welche in diesen Registern noch gar nicht auf den Namen des Schuldners (des Erben) eingetragen erscheint, während doch die Vorschrift des §. 432 des a. b. G. B. das Gegentheil voraussetzt (vgl. Bd. I, S. 516 und Bd. II, S. 26 d. W.); es muß also, um das obwaltende Verhältniß ersichtlich zu machen, zuvörderst die Eintragung der letztwilligen Anordnung und der überreichten Erbserklärung, oder der letzteren allein erfolgen[1]). Endlich scheint unter den im §. 822 angegebenen Sicherstellungsmitteln auch die Sequestration eines unbeweglichen Gutes mitbegriffen zu sein, da sie nach §. 320

---

[1]) So heißt es auch im §. 21 des Landtafelpatentes für Böhmen vom 22. April 1794, Nr. 171 der J. G. S.: „daß den Gläubigern eines Universalerben die Pränotation ihrer Forderungen auf das in der ererbten Verlassenschaft befindliche landtäfliche Gut oder Capital auch vor der an den Universalerben erfolgten gerichtlichen Einantwortung bewilliget werden könne, wenn erstens die letztwillige Anordnung bei der Landtafel eingetragen, und zweitens einer solchen Pränotation jedesmal die ausdrückliche Clausel eingeschaltet wird, daß dieselbe den bei Abhandlung der Verlassenschaft sich äußernden Sprüchen und Anforderungen nicht nachtheilig, für den Pränotirten aber in Anbetracht des zu erwirkenden Pfandrechtes nicht eher wirksam sein solle, als bis an seinen Schuldner die gerichtliche Einantwortung der Verlassenschaft geschehen sein würde; da dann dergleichen Pränotirte unter sich nach der Zeitordnung in das Pfandrecht einzutreten haben." Vgl. die Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 6. Mai 1857, Z. 4215, in der allg. österr. Ger. Ztg. J. 1857, Nr. 124. Die dem Gläubiger im §. 812, des a. b. G. B. eingeräumte Sicherstellung wird dadurch erwirkt, „daß die letztwillige Anordnung, auf welcher das Erbrecht des Schuldners beruht, und in dem Falle der Erbfolge aus dem Gesetze bloß die Erbserklärung und sohin die das Forderungsrecht des Gläubigers begründende Urkunde in das öffentliche Buch eingetragen wird. Die bücherliche Eintragung aller dieser Urkunden bewirkt nur eine Pränotation. Bedingt sichergestellt (pränotirt) wird nur das Forderungsrecht des Gläubigers. Die gleichzeitige Eintragung der letztwilligen Anordnung oder der Erbserklärung geschieht nur zur Ersichtlichmachung der Beziehung, in welcher der Schuldner zu dem mit dem bedingten Pfandrechte zu belastenden Gute steht. Diese ein einziges Ganzes bildende Pränotation wird durch die Erweisung der Forderung gerechtfertigt, aber erst mit der erfolgten Einantwortung und der grundbücherlichen Eintragung derselben wirksam. — Eine auf diesem Wege erworbene Sicherstellung kann dann nicht mehr eigenmächtig durch Veräußerung der betreffenden Realität von Seite des Erben dem Gläubiger wieder entzogen werden. S. auch die Entscheidungen des obersten Gerichtshofes v. 18. November 1858, Z. 12557, in Nr. 16 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1859 — und vom 23. October 1862, Z. 7177, in Nr. 4 der allg. österr. Ger. Ztg. J. 1865. Sollte übrigens der Gläubiger eine intabulationsfähige Urkunde besitzen, oder sollte ihm seine Forderung gar schon durch rechtskräftiges Urtheil zugesprochen sein, so kann ihm auch die Einverleibung, beziehungsweise die Eintragung des executiven Pfandrechtes — natürlich immer unter der im §. 822 des a. b. G. B. enthaltenen Beschränkung — bewilliget werden. S. ferner die Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 24. März 1858, Z. 1808, in Nr. 21 der Ger. Halle v. J. 1858 und Nr. 532 in Glaser's und Unger's Sammlg.; dann die Entscheidung v. 28. Mai 1861, Z. 3154, in Nr. 53 der allg. öst. Ger. Ztg. v. J. 1862. — Vgl. aber auch die entgegengesetzten Entscheidungen vom 19. November 1860, Z. 19815, und vom 28. December 1860, Z. 21860. Eine executive Schätzung und Feilbietung kann dagegen erst nach erfolgter Einantwortung an den Erben stattfinden. S. die Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 1. März 1859, Z. 1328, in Nr. 69 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1862. Ein anderer Fall ist es, wenn dem Erben die Verlassenschaft bereits eingeantwortet ist, er sich aber noch nicht als Eigenthümer der Nachlaßrealität eintragen ließ. Hier muß das Hofdecret vom 26. Februar 1819, Nr. 1548 der J. G. S., zur Anwendung kommen, wornach dem Gläubiger die Gewähranschreibung seines Schuldners bei unbeweglichen Gütern, die in den öffentlichen Büchern als Eigenthum eines dritten erscheinen, nur dann bewilliget werden kann, wenn der Schuldner ihm zur Ueberreichung des Gewähranschreibungsgesuches ausdrücklich Vollmacht ertheilt, und die dazu erforderlichen Original-Urkunden übergeben hat. S. die Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 24. Juli 1860, Z. 8682, in Nr. 149 und 150 der allg. österr. Ger. Ztg. J. 1860. Ebensowenig kann das in Frage stehende Sicherstellungsmittel in Anwendung gebracht werden, wenn der Erbe seinen Rechtsanspruch an einem dritten abgetreten hat, bevor noch sein Gläubiger die erforderlichen Schritte zur Sicherstellung der ihm zustehenden Forderung unternahm. (S. den Civilrechtsfall in Nr. 117 der allg. österr. Ger. Ztg. vom J. 1860.) — Vgl. hierzu die Anordnungen des allg. Grundb. Ges. oben S. 26.

der allg. Ger. Ord. nur als eine Art der Pfändung, nämlich bezüglich der Früchte erscheint, auf welche sich nach §. 457 des a. b. G. B. das auf die Realität selbst erworbene Pfandrecht gleichfalls erstreckt[1]).

5. Die in Frage stehende Sicherstellung kann nur unter zwei Beschränkungen ertheilt werden: a) erstens daß sie den bei der Abhandlung der Verlassenschaft vorkommenden Ansprüchen unnachtheilig sein solle; denn dem Erben gebührt nur der reine Nachlaß; die Erbschaftsgläubiger haben auf diesen, wenn sie sich vor der Einantwortung melden, wie schon oben erörtert wurde, ein vorzügliches Recht, und ebenso gebührt den Legataren nach §. 690 der entschiedene Vorzug vor dem Erben; allerdings aber erlangen die Gläubiger des Erben durch die mehrerwähnten Sicherstellungsmittel ein Vorrecht vor den übrigen Gläubigern desselben, welche derlei Schritte nicht unternommen haben, und selbst vor den Gläubigern des Erblassers, die sich erst nach der Einantwortung melden, weil diese sohin ihre Befriedigung nicht mehr aus der Erbschaftsmasse, sondern nur aus dem Gesammtvermögen des Erben verlangen können. — b) Die zweite Beschränkung ist darin gelegen, daß die ertheilte Sicherstellung erst von der Zeit der erlangten Einantwortung wirksam werden kann, da erst durch diese der Uebergang in das Vermögen des Erben bewerkstelliget wird. Erst von diesem Momente an können daher auch die weiteren Executionsschritte vorgenommen, z. B. das Verbot, die Pränotirung gerechtfertiget werden u. s. w.[2]).

6. Umgekehrt würde dagegen durch Ausschlagung der Erbschaft von Seite des Schuldners die erlangte Sicherstellung wieder aufgehoben werden, und den Gläubigern steht nicht das Recht zu, diese Ausschlagung zu verhindern, wie schon oben (S. 446 d. W.) bei der Erörterung des §. 805 gezeigt wurde[3]), und nur die Gläubigerschaft ist nach §. 4 der Conc. Odg. v. 25. December 1868, Nr. 1 des R. G. Bl. f. 1869 befugt, zu einer dem Cridatare noch vor Beendigung der Concursverhandlung angefallenen Erbschaft die Erbserklärung mit dem Vorbehalte des Inventariums zu überreichen.

7. Da dem Notherben nach dem Hfd. vom 31. Jänner 1844, Nr. 781 der J. G. S., kein Anspruch auf verhältnißmäßige Antheile an den einzelnen zum Nachlasse gehörigen Sachen, sondern nur auf den nach der gerichtlichen Schätzung zu berechnenden Werth des vom Nachlaßvermögen auf ihn entfallenden gesetzlichen Antheils zusteht, so kann der Gläubiger eines Notherben nur auf das diesem zukommende Forderungsrecht rücksichtlich eines aliquoten Theiles des Werthes der Verlassenschaft greifen, wobei natürlich die seiner Zeit, nach Würdigung der sonstigen Ansprüche auf den Nachlaß auszumittelnde Pflichttheilsforderung das Object der Sicherstellung bilden kann[4]).

8. Das dem Gläubiger eines Erben im §. 822 des b. G. B. eingeräumte Recht, auf das dem Erben angefallene Erbgut eine Sicherstellung zu erwirken, muß wohl auch den Gläubigern eines Vermächtnißnehmers zugestanden, und diesen die Erwirkung einer gleichen Sicherstellung auf das dem Legatare angefallene Vermächtniß gestattet werden, da die Gläubiger des Legatars einen gleichen Rechtsschutz wie die Gläubiger des Erben anzusprechen berechtigt sind, und für die Bewilligung der von einem Gläubiger gegen seinen Schuldner angesuchten Sicherstellung der Umstand nicht von entscheidendem Einflusse sein kann, ob ihm das zu

---

[1]) S. die Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 18. Februar 1862, Z. 868, in Nr. 148 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1862.

[2]) Hierauf beruht die Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 15. December 1857, Z. 9689, in dem in Nr. 7 der Ger. Halle mitgetheilten Rechtsfalle.

[3]) Vgl. den von Kitka (in der Zeitsch. für österr. Rechtsgel. 1847, II., S. 265) mitgetheilten Rechtsfall zur Erläuterung der §§. 551, 805 und 822 des a. b. G. B. (insbesondere S. 276).

[4]) S. die Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 3. September 1857, Z. 8792, in Nr. 153 der allg. österr. Ger. Ztg. und in Glaser's und Unger's Smlg. Nr. 432. Dagegen s. Ellinger, Rechtsfall über Executionsführungen auf den Pflichttheil, zur Erläuterung der a. h. Entschließung v. 27. Juni 1846 (Jurist. Bd. 18, S. 293) und den in Nr. 50 der Ger. Halle v. J. 1862 mitgetheilten Rechtsfall.

belastende Gut infolge Erbrechtes oder als Legat zugefallen ist, vielmehr die Erwirkung einer Sicherstellung in beiden Fällen nur von dem Anfalle eines Gutes aus irgend einer Verlassenschaft an den Schuldner überhaupt abhängig gemacht werden kann [1]).

In gleicher Weise hat der oberste Gerichtshof schon mit der im Judicatenbuche unter Nr. 59 eingetragenen Entscheidung v. 6. October 1863, Z. 6731, und neuerlich mit Plenarbeschluß v. 23. November 1870, Z. 13266, den Rechtssatz ausgesprochen, daß das im §. 822 a. b. G. B. den Gläubigern des Erben eingeräumte Recht der Sicherstellung ebenso auch dem Gläubiger eines Legatars zukomme.

§. 823.

Erbschaftsklagen.

Auch nach erhaltener Einantwortung kann der Besitznehmer von jenem, der ein besseres oder gleiches Erbrecht zu haben behauptet, auf Abtretung oder Theilung der Erbschaft belanget werden. Das Eigenthum einzelner Erbschaftsstücke wird nicht mit der Erbschafts-, sondern der Eigenthumsklage verfolgt.

§. 824.

Wirkung derselben.

Wenn der Beklagte zur Abtretung der Verlassenschaft ganz oder zum Theile verhalten wird; so sind die Ansprüche auf die Zurückstellung der von dem Besitzer bezogenen Früchte; oder auf die Vergütung der von demselben in dem Nachlasse verwendeten Kosten nach jenen Grundsätzen zu beurtheilen, welche in Rücksicht auf den redlichen oder unredlichen Besitzer in dem Hauptstücke vom Besitze überhaupt festgesetzt sind. Ein dritter redlicher Besitzer ist für die in der Zwischenzeit erworbenen Erbstücke niemanden verantwortlich.

1. Am Schlusse der Bestimmungen über das Erbrecht handelt das Gesetz noch von den Rechtsmitteln, durch welche dasselbe geltend gemacht werden kann. Hierbei kömmt vor allem zu unterscheiden, ob der Nachlaß bereits eingeantwortet ist oder nicht. Im letzteren Falle hat derjenige, der auf die Erbschaft einen Anspruch zu haben glaubt, seine Erbserklärung zu überreichen, und wenn diese mit einer andern, bereits eingebrachten Erbserklärung im Widerspruche steht, so wird auf die oben S. 440 d. W. angeführte Weise vorgegangen; d. h. der Richter bestimmt, welcher Theil gegen den andern als Kläger aufzutreten habe (auf Grundlage der Anordnung des §. 126 des Pat. vom 9. August 1854), und spricht zugleich eine angemessene Frist aus, binnen welcher die Klage anzubringen ist, widrigenfalls mit der Verlassenschaftsabhandlung ohne Berücksichtigung der auf den Rechtsweg verwiesenen Erbansprüche vorgegangen werden würde. Wird die Klage sohin überreicht, so ist mit der Verlassenschaftsabhandlung bis zur Entscheidung des Rechtsstreites inne zu halten; und erst, wenn diese erfolgt ist, kann die Einantwortung des Nachlasses an den obsiegenden Theil stattfinden [2]).

2. Anders ist vorzugehen, wenn der Nachlaß, auf welchen jemand Erbrechtsansprüche erhebt, bereits eingeantwortet worden ist. Allerdings wird dadurch die Geltendmachung derselben noch nicht ausgeschlossen; denn die Einantwortung gibt keinen Titel zum Erbrechte, sondern sie enthält nur die Anerkennung des bereits vorhandenen Erbrechtstitels, wobei es jedoch immer noch möglich ist, daß andere ein gleiches oder gar ein besseres Erbrecht haben. Dieses kann aber nun nicht mehr im Wege des gerichtlichen Verfahrens außer Streitsachen durchgeführt werden, sondern es ist hierzu eine Klage nothwendig, welche nach dem Muster

---

[1]) S. die Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 6. October 1853, Z. 6744, in Nr. 64 der Ger. Halle v. J. 1863. (Eine, wie uns dünkt, unrichtige Entscheidung wurde in dem, in Nr. 15 der Ger. Halle v. J. 1860 mitgetheilten Rechtsfalle von Seite des Oberlandesgerichtes in Wien gefällt.) Die Vornahme der Pfändung kann in einem solchen Falle wohl nur darin bestehen, daß jener, welcher das Legat zu berichtigen hat, von der Pfändung verständiget wird, da der Legatar in der Regel keine Urkunde hat, auf welcher die Pfändung angemerkt, oder die ihm nach Umständen sogar abgenommen werden könnte.

[2]) Unger (Erbrecht, S. 228) nennt diese Klage die Erbrechtsklage.

der römischen hereditatis petitio in den obenstehenden §§. 823 und 824 normirt, und in der Marginal-Inschrift mit dem Namen der „Erbschaftsklage“ belegt ist.

3. Diese Klage kann sowohl von dem testamentarischen, als dem gesetzlichen Erben (Intestaterben oder Notherben) und dem Vertragserben angestellt werden, da das Gesetz hierbei nicht unterscheidet; sie gebührt ferner sowohl dem directen Erben als dem Nacherben, und dem Erbschaftskäufer, weil dieser nach §. 1278 in alle Rechte des Verkäufers eintritt, insoweit dieselben nicht bloß persönlich sind; endlich macht es auch keinen Unterschied, ob der Kläger in Folge eines besseren Erbrechtes die ganze, oder infolge eines gleichen Erbrechtes mit demjenigen, welchem der Nachlaß bereits eingeantwortet wurde, nur einen Theil der Erbschaft in Anspruch nimmt [1]). Dagegen steht die Erbschaftsklage dem Legatare, oder jenen, welche nicht die ganze Verlassenschaft oder einen in Beziehung auf das ganze bestimmten Theil derselben aus dem Titel des Erbrechtes, sondern einzelne Verlassenschaftsstücke als ihr Eigenthum ansprechen, keineswegs zu, sondern es muß zu diesem Behufe, wie der Schlußsatz des §. 823 andeutet, die Eigenthumsklage angewendet werden. Dieß gilt auch von jeder anderweitigen Forderung, welche aus dem Titel des Pfandrechtes, oder der Dienstbarkeit, oder auf Grundlage eines Vertrages oder einer erlittenen Beschädigung gegen den Besitzer der Erbschaft erhoben werden will, indem hier die nämliche Klage anzubringen kömmt, welche gegen den Erblasser hätte gerichtet werden müssen, wenn er noch am Leben wäre; denn der Erbe stellt, wie schon oft erwähnt wurde, in Beziehung auf die Erbschaft den Erblasser vor, und übernimmt daher alle Verbindlichkeiten, welche dieser aus seinem Vermögen zu leisten gehabt hätte (§§. 547 und 548). Auch die Klage des Erbschaftskäufers gegen den Verkäufer derselben ist keine Erbschaftsklage, weil sie sich nicht auf das Erbrecht, sondern vielmehr eine Contractsklage, indem sie sich auf den Kaufvertrag gründet, und ebenso ist die Erbtheilungsklage (actio familiae erciscundae) davon verschieden; denn diese setzt voraus, daß das Erbrecht des Klägers und des Beklagten gegenseitig anerkannt und die Erbschaft mehreren Miterben gemeinschaftlich eingeantwortet sei; sie kömmt also vielmehr nach den Grundsätzen des nächstfolgenden Hauptstückes zu beurtheilen.

4. Die weitere Frage, gegen wen die Erbschaftsklage gerichtet werden könne, beantwortet unser a. b. G. B. dahin, daß es denjenigen als Beklagten bezeichnet, der die Erbschaft nach erhaltener Einantwortung in Besitz genommen hat. Es wird also vorausgesetzt, daß der Beklagte die Erbschaft als Erbe (pro herede) besitze; doch scheinen auch hier die §§. 377 und 378 zur Anwendung kommen zu müssen, vermöge welcher derjenige, der eine Erbschaft, die er nicht besitzt, zu besitzen vorgibt, und den Kläger dadurch irre führt, für allen daraus entstehenden Schaden haftet, sowie derjenige, der die Erbschaft, die er im Besitze hatte, nach zugestellter Klage fahren ließ, dieselbe dem Kläger, wenn dieser sich nicht an den wirklichen Inhaber halten will, auf seine Kosten zurückverschaffen, oder den außerordentlichen Werth ersetzen muß. Ingleichen dürfte der Erbschaftskäufer, mag er in gutem oder bösem Glauben sein, mit der in Frage stehenden Klage belangt werden können; denn er tritt nach §. 1278 nicht allein in die Rechte, sondern auch in die Verbindlichkeiten des Verkäufers als Erben ein, mithin auch in die Verpflichtung, die Erbschaft dem im Erbrechtsstreite obsiegenden ganz oder theilweise herauszugeben; auch sagt der §. 1283 ausdrücklich, daß der Verkäufer für die Richtigkeit seines Erbrechtes, wie er es angegeben hat, hafte, welche Haftung niemals zur Wirksamkeit gelangen könnte, wenn die Erbschaftsklage gegen den Käufer der Erbschaft nicht zulässig wäre; die Schlußverfügung des §. 824 steht aber dieser Ansicht

---

[1]) Daß auch der vom Gerichte in den Nachlaß eingesetzte Erbe nach Umständen in die Lage kommen kann, die Erbschaftsklage anzustellen, wird von Unger (Erbrecht, S. 231, Anmerkg. 7) hervorgehoben.

nicht entgegen, denn sie handelt bloß von in der Zwischenzeit erworbenen Erbstücken, nicht von dem Erwerbe der Erbschaft als Ganzes; deßhalb möchte sich auch die Behauptung rechtfertigen lassen, daß überhaupt derjenige, der eine Erbschaft als universitas, wenngleich aus einem singulären Rechtstitel (z. B. in Folge einer Bestellung als Heiratsgut) erwarb, der Erbschaftsklage unterworfen sei[1]). Ingleichen kann sie gegen den Erben des vermeintlichen oder vorgeblichen Erben angestellt werden[2]). Dagegen ist sie unzweifelhaft dann ausgeschlossen, wenn der Beklagte nur einzelne Erbschaftsstücke aus einem singulären Rechtstitel besitzt. Diese können allenfalls (vgl. unten Z. 11) mit der Eigenthumsklage verfolgt werden; die Erbschaftsklage hat aber in Ansehung ihrer nicht statt. Wohl aber kann dieselbe auch gegen den Fiscus, oder andere Personen angestellt werden, welche eine Verlassenschaft als caduk (§. 760 des b. G. B.) in Besitz genommen haben[3]).

5. Zur Begründung der Erbschaftsklage gehört vor allem: a) daß der Tod des Erblassers rechtlich erwiesen sei; da aber der Beklagte selbst als Erbe besitzt, so dürfte über diesen Umstand wohl schwerlich ein Widerspruch zu befürchten sein. Weiters aber muß der Kläger b) den Rechtstitel, aus welchem er selbst die Erbschaft in Anspruch nimmt (sei es ein Vertrag, eine letztwillige Anordnung, oder jenes Verhältniß, auf welchem das gesetzliche Erbrecht beruht, nämlich die Verwandtschaft, nach Umständen die Legitimation, die Annahme an Kindesstatt oder das eheliche Verhältniß) darthun[4]), und endlich c) erweisen, daß sein Erbrecht das des Beklagten entweder ganz oder zum Theile ausschließt. Würde also der Kläger z. B. als Intestaterbe gegen den Testamentserben auftreten, so würde es nicht genügen, daß er nur seine Verwandtschaft mit dem Erblasser erweist, sondern er müßte auch entweder die Unfähigkeit des eingesetzten Erben, oder die Ungiltigkeit des zu Gunsten des Beklagten sprechenden Testamentes erproben[5]).

6. Das Gesuch bei der Erbschaftsklage geht zunächst darauf, daß der Kläger als alleiniger oder als Miterbe anerkannt, und sohin, daß ihm die Erbschaft ganz oder zu dem ihm gebührenden Theile herausgegeben werde, also auf Abtretung oder Theilung der Erbschaft, wie sich der §. 823 ausdrückt. Der Richter hat in seinem Urtheile zunächst das vom Erbschaftskläger in Anspruch genommene Allein- oder Theil-Erbrecht anzuerkennen, und in Folge dessen den beklagten Erbschaftsbesitzer zur Herausgabe des ganzen Nachlasses oder eines (ideellen) Theiles desselben zu verurtheilen[6]).

---

[1]) S. Winiwarter, bürg. Recht Bd. 3, S. 453.

[2]) S. Unger, Erbrecht S. 252, Anmrkg. 8.

[3]) S. den in Nr. 132 der allg. österr. Ger. Ztg. J. 1853 mitgetheilten Rechtsfall.

[4]) Daß der Kläger die Erbschaft, um die es sich handelt, bereits angetreten habe, ist behufs der Legitimation zu dieser Klage nicht nothwendig (Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 11. Jänner 1859, Z. 14869, in Glaser's und Unger's Sammlg. Nr. 703), da er durch die Anstellung der Erbschaftsklage selbst den Willen zu erkennen gibt, das Erbrecht zu erwerben. (Unger, Erbrecht S. 236, Anmrkg. 3.)

[5]) Zu diesem Ende muß der Beweis geführt werden, daß die Mängel, auf welche die Behauptung der Ungiltigkeit gestützt wird, wirklich vorhanden seien, und es kann nicht dem Beklagten aufgebürdet werden, über einfachen Widerspruch des Klägers das Vorhandensein der gesetzlichen Erfordernisse eines Testamentes zu beweisen. Vgl. den in Nr. 91 und 92 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1852 mitgetheilten Rechtsfall. In demselben waren die Geschwister der verstorbenen Anna B. gegen den Gatten derselben, welchem ihre Erbschaft auf Grundlage eines schriftlichen Testamentes eingeantwortet worden war, klagbar aufgetreten, indem sie unter anderem behaupteten, das Testament sei von der Erblasserin nicht eigenhändig gefertiget worden; sie meinten, daß ihr einfacher Widerspruch der Echtheit des Testamentes genüge, und der Gegner vielmehr den Beweis der Echtheit liefern müsse. Mit Urtheil der obersten Gerichtshofes vom 14. Mai 1852, Z. 3183, wurden die Kläger jedoch mit ihrem Klagebegehren abgewiesen, denn nach §. 727 des a. b. G. B. tritt die gesetzliche Erbfolge erst dann ein, wenn der Verstorbene keine giltige Erklärung des letzten Willens hinterlassen hat; das gesetzliche Erbrecht ist also für ein bloß bedingtes erklärt, und jeder, der den Eintritt dieser Bedingung behauptet, muß auch den Beweis darüber führen, d. i. darthun (nicht bloß einfach behaupten), daß das vorhandene Testament rechtsungiltig sei. Diesem steht nicht entgegen, daß nach den Vorschriften der Gerichtsordnung derjenige, der eine Urkunde als Beweismittel für sich beibringt, die widersprochene Echtheit derselben erweisen muß; denn bei der Bestreitung eines Testamentes wird das von dem klagenden Intestaterben angesprochene Erbrecht nicht auf die Beweiskraft, sondern gerade umgekehrt auf die Behauptung der Ungiltigkeit des vorliegenden Testamentes gegründet; der Bestreitende muß daher die behauptete Unechtheit der Unterschrift des Testators ebenso wie alle übrigen von ihm behaupteten Thatsachen beweisen. — Eine andere Vertheilung der Beweislast findet sich bei Unger (Erbrecht, S. 235 und S. 237, Anmerkg. 5).

[6]) S. Unger, Erbrecht S. 239,

7. Wird nun der Beklagte zur Abtretung der Verlassenschaft ganz oder zum Theile verhalten, so entsteht nun die weitere Frage, was er dem obsiegenden Kläger herausgeben müsse? Hierbei kann es wohl keinem Zweifel unterliegen, daß der Beklagte alles, was er als Erbe erhalten, und noch in seinem Besitze hat (versteht sich immer „ganz oder zum Theile") zurückstellen müsse; eine weitere Frage aber geht dahin, ob er auch für dasjenige hafte, was aus der Erbschaftsmasse zu Grunde gegangen (beschädigt, verzehrt, vertilgt) oder veräußert worden ist? Hierbei scheint vor allem unterschieden werden zu müssen, ob sich der Erbe in gutem oder bösem Glauben befinde. Der unredliche Besitzer muß nämlich (nach §. 335) allen durch seinen Besitz entstandenen Schaden ersetzen; daher, wenn die Erbschaftssachen durch sein Verschulden zu Grunde gegangen oder verschlimmert worden, den Ersatz dafür leisten (§. 1323) und zwar, wenn er durch eine in den Strafgesetzen verbotene Handlung zum Besitze der Erbschaft gelangte, bis zum Werthe der besonderen Vorliebe (§§. 335 u. 1331); für den Zufall haftet er aber nur insoweit, als dieser die Sache bei dem Kläger nicht getroffen haben würde (vgl. Bd. I, S. 415 d. W.). Sind Sachen aus der Masse veräußert worden, so dürfte eben aus dem oben angeführten Grunde von dem unredlichen Besitzer die Einforderung und Rückgabe derselben, oder wenn dieß nicht möglich wäre, der Ersatz ihres Werthes verlangt werden können; ja es scheint sogar, daß in dem Falle, als das empfangene größer ist als der gemeine Werth der Sache, auch dieses Uebermaß herausgegeben werden müsse, da der §. 335 ausdrücklich bestimmt, daß der unredliche Besitzer verbunden sei, alle durch seinen Besitz erlangten Vortheile zurückzustellen. War dagegen der Besitzer in gutem Glauben, so ist er nach §. 329 für eine Verschlimmerung, ja selbst für eine gänzliche Verzehrung und Vertilgung der Erbschaftssachen nicht verantwortlich und um so minder haftet er für einen Zufall, der sie etwa in seinem Besitze getroffen hat; nur muß auch hier die Verfügung des §. 338 berücksichtiget werden, vermöge welcher selbst der redliche Besitzer von dem Zeitpunkte der ihm zugestellten Klage, falls er die Herausgabe durch einen muthwilligen Rechtsstreit verzögert hat, für den Zufall in Anspruch genommen werden kann, der die Sache bei dem Kläger nicht getroffen hätte. — Streitig ist aber die Frage, ob der redliche Besitzer einer Erbschaft nur jene Erbschaftssachen, die er noch in Natur besitzt, oder auch die für die veräußerten Erbstücke erhaltenen Kaufschillinge oder sonst eingetauschten Gegenstände auszufolgen verbunden sei? Nach römischem Rechte unterliegt es keinem Zweifel, daß auch der Besitzer in gutem Glauben keinen Gewinn von seinem Besitze behalten soll, daß er mithin so viel restituiren müsse, als er noch bereichert erscheint. Diese Ansicht scheint denn auch bei der Redaction unseres Gesetzbuches vorgeschwebt zu haben, indem der §. 639 des Entwurfes noch die ausdrückliche Verfügung enthielt, daß in dem Falle, als ein gesetzmäßig für todt erklärter Erbe erscheint, der eingeführte Erbe demselben den Nachlaß abtritt, oder den noch bei ihm befindlichen Werth davon entrichtet. Diese ganze Bestimmung wurde zwar in das bürgerliche Gesetzbuch selbst nicht aufgenommen, vermuthlich weil es nicht nöthig schien, für diesen einzelnen Fall eine besondere Anordnung zu treffen; sie zeigt aber doch, in welchem Sinne die mehrerwähnte Frage aufgefaßt wurde. Es liegt, wie Schuster in seinem trefflichen Aufsatze über den Begriff der Gesammtsachen[1]) ganz richtig bemerkt, bereits in dem Begriffe des Vermögens was immer für eines Menschen, daß dasselbe, als der Inbegriff der gesammten Rechte und Verbindlichkeiten, einem täglichen Wechsel, einem Zuwachse oder Abgange mehr oder minder unterworfen sei. Es werden Gegenstände veräußert, neue angeschafft, Forderungen eingetrieben, und neue Rechtsverhältnisse angeknüpft, und dennoch wird das Vermögen der nämlichen Person noch als fortbestehend betrachtet. Eben dieser Grundsatz muß auch dann gelten, wenn derjenige, welcher

¹) In der Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1835, I., S. 225.

als vermeintlicher Erbe in gutem Glauben zum Besitze einer fremden Verlassenschaft gelangt ist, für veräußerte Gegenstände Kaufpreise einhebt, oder für erhaltene Preise andere Gegenstände anschafft. Einen wichtigen Stützpunkt findet diese Ansicht in den §§. 947 u. 952, von denen der erstere bestimmt, daß der in Dürftigkeit verfallene Geschenkgeber von dem geschenkten Betrage die gesetzlichen Zinsen, insoweit die geschenkte Sache oder derselben Werth noch vorhanden ist, von dem Geschenknehmer zu fordern berechtiget sei, während der letztere festsetzt, daß der Geschenknehmer den im Pflichttheile verletzten Abstämmlingen des Geschenkgebers, wenn er die geschenkte Sache oder ihren Werth nicht mehr besitzt, nur insofern zu haften habe, als er die Sache unredlicher Weise aus dem Besitze gelassen hat. Ebenso spricht für die oben geäußerte Ansicht noch der Umstand, daß der §. 824, in welchem sowohl von dem redlichen als von dem unredlichen Besitzer einer Erbschaft die Rede ist, nur von dem Anspruche auf die bezogenen Früchte und von der Vergütung der auf den Nachlaß verwendeten Kosten (s. unten), nicht aber zugleich von dem Ersatze des verursachten Schadens durch Veräußerung einzelner Erbschaftsstücke handelt, indem dadurch offenbar zu erkennen gegeben wird, daß der Besitzer einer Erbschaft rücksichtlich dieses Punktes nicht ganz dem redlichen Besitzer einer einzelnen Sache gleichzustellen sei [1]). Aus dem gesagten dürfte übrigens hervorgehen, daß von dem Beklagten auch diejenigen Sachen herausgegeben werden müssen, welche er mit dem in der Erbschaftsmasse befindlichen Gelde an sich gebracht hat [2]); denn es ist kein specifischer Unterschied zwischen diesem und dem früher erörterten Falle, wo die Erbschaftsstücke veräußert worden und deren Kaufschilling dafür zur Erbmasse hinzugekommen ist; der Besitzer der Erbschaft soll, auch wenn er redlich ist, keinen Vortheil aus seinem Besitze in Händen behalten; er muß alles restituiren, womit er sich sonst noch bereichern würde, was doch offenbar auch in unserem Falle geschähe. Um übrigens zu ermitteln, was zur Erbmasse gehörte, und somit dem obsiegenden Kläger herauszugeben sei, muß auf das errichtete Inventarium oder auf das eingebrachte Vermögensbekenntniß (s. o. S. 442, 443 d. W.) zurückgegangen werden; und es könnte der Kläger nach Umständen auch von dem s. g. Manifestationseide (Offenbarungseide) Gebrauch machen, zufolge dessen jene, die ein Vermögen anzugeben schuldig sind, oder die von einer besorglichen Vertuschung muthmaßlich Wissenschaft haben, zur eidlichen Angabe verhalten werden können (s. das 21. H. St. der allg., gal. und ital. G. O.).

---

[1]) Schuster leitet (a. a. O.) diesen Unterschied daraus ab, daß der Erbschaftsbesitzer dem wahren Erben nicht nur sächlich, sondern auch persönlich verpflichtet ist, während der redliche Besitzer einer einzelnen fremden Sache, so lange diese Sache noch in seinen Händen ist, zu dem Eigenthümer derselben nur in einem sächlichen Verhältnisse steht. Der Besitzer einer Erbschaft leitet nämlich sein Recht auf die Erbschaft nicht von einer Zwischenperson ab, er verletzt also durch Vorenthaltung der Erbschaft unmittelbar das Recht des wahren Erben, und wird ihm dadurch persönlich verhaftet; diese persönliche Haftung kann aber durch die von ihm ohne rechtmäßigen Titel unternommene Veräußerung doch wohl nicht aufgehoben werden.

[2]) Anderer Meinung ist Winiwarter (bürg. Recht Bd. 3, S. 452), weil unsere Gesetze nirgends bestimmen, daß die Sache an die Stelle des Geldes komme, und statt desselben mit der nämlichen Klage gefordert werden könne. Allein wir haben obige Ansicht nicht aus diesem, sondern aus ganz anderen Gründen vertheidiget, und können, wie gesagt, keinen wesentlichen Unterschied darin sehen, ob für eine in der Erbmasse befindlich gewesene Sache 1000 fl. gelöst, oder für 1000 fl., die in dem Nachlasse vorhanden waren, eine Sache eingekauft wurde; auch das Geld ist ja eine Sache, und in beiden Fällen ist nur eine Sache an die Stelle der anderen getreten; in beiden Fällen hat nur ein Wechsel der Bestandtheile des Nachlasses stattgefunden; in beiden Fällen würde sich der Besitzer des Nachlasses ohne Grund bereichern, wenn er im ersten Falle den Kaufschilling oder doch wenigstens den Ueberschuß desselben über den wahren Werth der Sache, im zweiten Falle aber die Sache nur gegen Erlag des dafür gegebenen Geldbetrages für sich behalten könnte. — Nach Unger (Erbrecht, S. 242, Anmerkg. 3) kömmt es bei der Beantwortung der oben erörterten Frage nicht darauf an, mit welchem Gelde die neu erworbenen Sachen angeschafft wurden, sondern nur darauf, ob sie für die Erbschaft und in ihrem Interesse oder für das übrige Vermögen des Erbschaftsbesitzers und in seinem eigenen anderweitigen Interesse angekauft wurden. Im ersten Falle sollen sie dem siegenden Erbschaftskläger auf sein Verlangen herausgegeben werden müssen, mögen sie gleich mit dem eigenen Gelde des Erbschaftsbesitzers erworben sein, natürlich jedoch gegen Ersatz des Kaufpreises; im zweiten Falle soll sie der Erbschaftsbesitzer für sich behalten können, mag er sie gleich mit Erbschaftsgeldern gekauft haben, natürlich aber gegen Herausgabe der aufgewendeten Summe. — Wir hegen nur das Bedenken, daß sich in vielen Fällen nicht wird unterscheiden lassen, ob die Anschaffung „für die Erbschaft," die ja durch die Einantwortung schon in das Vermögen des vermeintlichen oder vorgeblichen Erben übergegangen ist, oder „für" dessen übriges Vermögen, das ja nicht mehr ausgeschieden vorhanden ist, vorgenommen worden sei.

8. Hinsichtlich der von dem Besitzer eines Nachlasses bezogenen Früchte, so wie der von demselben auf den Nachlaß verwendeten Kosten kommen die Grundsätze, die in Rücksicht auf den redlichen oder unredlichen Besitzer im Hauptstücke vom Besitze überhaupt festgesetzt sind, zur vollen Anwendung. Der unredliche Besitzer muß also nicht nur alle bezogenen Früchte und Nutzungen herausgeben, ohne Unterschied, ob sie noch vorhanden oder bereits verzehrt sind, sondern er haftet auch für diejenigen, welche hätten bezogen werden können (S. 416 d. W.); hinsichtlich des Aufwandes aber wird er einem Geschäftsführer ohne Auftrag gleichgestellt, so daß ihm der nothwendig gemachte Aufwand insoweit ersetzt wird, als der Erfolg desselben noch fortwährt, der nützlich gemachte nur dann, wenn der dadurch erzielte Vortheil klar und überwiegend ist, der zum bloßen Vergnügen gemachte aber gar nicht; doch kann er von dem letzteren alles für sich wegnehmen, was sich ohne Schaden der Substanz trennen läßt. Der redliche Besitzer dagegen erwirbt das Eigenthum aller aus der Erbschaft entspringenden Früchte im Momente der Absonderung und aller bereits fälligen Nutzungen im Momente der Einhebung, ist daher nur verpflichtet, die noch nicht abgesonderten Früchte herauszugeben, und die zwar schon eingehobenen, aber noch nicht fällig gewesenen (anticipirten) Nutzungen zurückzustellen (vgl. S. 412 d. W.). Was aber den gemachten Aufwand anbelangt, so müssen ihm die nothwendigen Auslagen, wenn nur die Sache dadurch erhalten wurde, die nützlichen insofern sie zur Vermehrung noch fortdauernder Nutzungen dienen, die zum Vergnügen gemachten endlich dann ersetzt werden, wenn die Sache dadurch dem gemeinen Werthe nach wirklich gewonnen hat, widrigenfalls es ihm nur freisteht, dasjenige für sich wegzunehmen, was davon ohne Schaden der Substanz weggenommen werden kann.

9. Hierbei entsteht nun aber die Frage, wer als redlicher und wer als unredlicher Besitzer einer Erbschaft anzusehen sei? Das bloße „wissen oder aus den Umständen vermuthen können", daß ein anderer ein besseres oder gleiches Erbrecht habe, kann dießfalls nicht entscheidend sein, weil es ja möglich ist, daß der andere von seinem Erbrechte keinen Gebrauch machen wollte; man kann daher nicht sagen, daß die Erbschaft ganz oder zum Theile demjenigen „zugehöre" (wie es im §. 326 bei der Feststellung des Begriffes eines unredlichen Besitzers heißt), welchem ein stärkerer oder gleich starker Erbrechtstitel zusteht, denn dieser muß erst geltend gemacht (§. 799) und vom Gerichte anerkannt (§. 819) werden, bevor der Nachlaß in das Eigenthum des Berechtigten übergehen kann; als ein unredlicher Besitzer wird also nur derjenige angesehen werden, der entweder selbst betrüglicher Weise einen Titel zum Erbrechte vorschützte (z. B. ein falsches Testament producirte, seine Verwandtschaft durch falsche Taufscheine zu erweisen suchte), oder der jenen, dem ein gleiches oder stärkeres Erbrecht zustand, absichtlich hinderte, dieses geltend zu machen, indem er z. B. die Briefe eines abwesenden Verwandten unterschlug und dadurch die Meinung erregte, daß dieser nicht mehr am Leben sei [1]), oder indem er ein späteres Testament, durch welches seine frühere Erbseinsetzung wieder aufgehoben wurde, bei Seite schaffte u. dgl.

10. Streitig ist in der vor uns liegenden Materie noch weiter, welchen Einfluß die Erbschaftsklage auf jene Verhältnisse äußere, welche durch die Einantwortung dritten Personen gegenüber hervorgerufen worden sind, ob der Erfolg der Erbschaftsklage auch auf diese Verhältnisse eine zerstörende Kraft übe? — Dr. L. Schiestl, welcher diesem Gegenstande eine ausführliche Abhandlung widmete [2]), hebt als solche Rechtsverhältnisse insbesondere hervor: a) die Sicherung des Erben gegen die Ausübung des den Erbschaftsgläubigern, Legataren und Notherben im

---

[1]) S. Winiwarter, bürgl. Recht, Bd. 3, S. 452.

[2]) Ueber den Einfluß der Erbschaftsklage auf die Wirkungen der Einantwortung. Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1846, I., S. 110 und II., S. 224.

§. 812 eingeräumten Separationsrechtes; b) die Verwandlung der im §. 550 ausgesprochenen Solidarhaftung für die Schulden und Lasten der Erbschaft in eine nach Verhältniß des Erbtheiles sich richtende und c) das Wegfallen der einem Verbote, einer Pfändung oder Vormerkung auf ein Erbgut zu Gunsten der auf der Verlassenschaft haftenden Ansprüche beigefügten Beschränkung nach §. 822. In der ersteren Beziehung meint nun der Verfasser, daß das Separationsrecht der Erbschaftsgläubiger, Legatare und Notherben allerdings wieder auflebe; allein diese Ansicht stützt sich vorzüglich darauf, daß in Folge des Erbrechtsstreites die frühere Einantwortung annullirt, und daß eine neue Abhandlung gepflogen werden, eine neue Einantwortung an den obsiegenden Kläger erfolgen müsse. Diese Behauptung scheint uns jedoch wenigstens nach dem gegenwärtigen Standpunkte der Gesetzgebung nicht richtig zu sein; denn der §. 180 des Pat. vom 9. August 1854 bestimmt ausdrücklich für den Fall, daß nach erfolgter Einantwortung der Erbschaft eine letzte Willenserklärung entdeckt wird, „diese sei der Behörde, welche die Abhandlung gepflogen hat, vorzulegen, von derselben kund zu machen, und bei den Acten aufzubehalten; auch seien hiervon auf Verlangen Abschriften zu ertheilen; eine neuerliche Abhandlung der Erbschaft finde nicht statt. Die Personen, denen aus der kundgemachten letztwilligen Anordnung Rechte erwachsen könnten, und welche bei deren Kundmachung nicht gegenwärtig gewesen sein sollten, seien davon in Kenntniß zu setzen, und es stehe ihnen frei, ihre Rechte gegen den Erbschaftsbesitzer im ordentlichen Wege geltend zu machen." Die Einantwortung wird also formell nicht aufgehoben, sie wird allerdings in ihren Wirkungen dem beklagten Erbschaftsbesitzer gegenüber (und auch hier oft nur zum Theile) modificirt, die Rechte dritter Personen können aber dadurch nicht berührt werden. Das in Frage stehende Schutzmittel kömmt den Gläubigern u. s. w. nach §. 812 nur während der Abhandlung zu; da nun eine solche nicht wieder aufgenommen wird, so scheint es auch nach der einmal geschehenen Einantwortung, auf welche keine neuerliche zu folgen hat, nicht mehr geltend gemacht werden zu können. — Hinsichtlich des zweiten Punktes stellt Dr. Schiestl die ganz richtige Behauptung auf, daß der abtretende Besitzer der Erbschaft den Gläubigern und Legataren gegenüber aller Haftung entbunden wird, wenn ihm der ganze Nachlaß abgesprochen wurde, mag er sich bedingt oder unbedingt erbserklärt haben, da er auch im letzteren Falle mit seinem eigenen Vermögen nur als Erbe haftet, durch den Evictionsstreit aber gerade dargethan wird, daß er nicht Erbe sei. Wird ihm dagegen nur ein Theil des Erbrechtes abgesprochen, so hört bei der bedingten Erbserklärung seine Haftung theilweise, und zwar nach Verhältniß des evincirten Theiles auf, bei der unbedingten Erbserklärung aber bleibt sie unverändert, da die unbedingt erklärten Erben selbst nach der Einantwortung alle für einen und einer für alle haften (§. 820). Dagegen geht die Haftungsverbindlichkeit auf den Evincenten ganz über, wenn ihm als alleinigen Erben der ganze Nachlaß abgetreten wird, und pro rata des errungenen Theiles, wenn er nur einen Theil der Verlassenschaft erstreitet. Im letzteren Falle meint der Verfasser des oberwähnten Aufsatzes unterscheiden zu müssen, ob sich der Evincent bedingt oder unbedingt erbserklärte. Uns scheint aber nach dem früher gesagten die Ueberreichung einer eigenen Erbserklärung von Seite des Evincenten weder nöthig, da er durch die Anstrengung der Klage hinlänglich zu erkennen gibt, daß er von seinem Erbrechte Gebrauch machen wolle — noch zulässig, da die Erbserklärung einen Act der Verlassenschaftsabhandlung bildet, welche nach einmal erfolgter Einantwortung nicht wieder aufgenommen wird. Der Grund der Haftung des Evincenten liegt also nicht in seiner Erbserklärung, sondern darin, daß ihm der Nachlaß, auf dem eben die Erbschaftsschulden und Legate haften, ganz oder zum Theile herausgegeben wird, daß er demnach mit diesem auch die darauf ruhenden Lasten übernehmen muß; zu einer Haftung mit seinem eigenen Vermögen scheint aber durchaus kein rechtlicher Grund vorhanden zu sein, da keine Vermen-

gung des Nachlasses mit demselben stattfand. — Der dritte Punkt ad c, wird gleich unten näher erörtert werden.

11. Es ist schon oben bemerkt worden, daß die Erbschaftsklage nicht gegen denjenigen gerichtet werden könne, welcher einzelne Erbstücke aus einem singulären Rechtstitel inne hat. Hiermit im Zusammenhange steht die Frage, ob der Sieger im Erbschaftsprocesse doch nicht allenfalls jene dinglichen Rechte bestreiten könne, welche während des Besitzes in der Hand des Beklagten auf die Erbstücke, sei es in Folge eines freiwilligen Uebereinkommens, sei es in Folge richterlichen Spruches erworben wurden? Streng genommen müßte dieß wohl der Fall sein, allein die Rücksicht auf die Belebung und Festigung des Verkehres hat den Gesetzgeber bewogen, unter gewissen Voraussetzungen auch die von einem Nichteigenthümer vorgenommene Veräußerung einer fremden Sache (§. 367), so wie die Bestellung eines Pfandrechtes an derselben (§. 456) aufrecht zu erhalten. Ganz im Einklange hiermit steht nun auch die Schlußverfügung des §. 824, vermöge welcher ein dritter redlicher Besitzer für die in der Zwischenzeit erworbenen Erbstücke niemandem verantwortlich ist [1]). Damit diese Wirkung eintrete, muß demnach der dritte Besitzer redlich sein, d. h. er muß den Beklagten, welchem die Erbschaft eingeantwortet worden war, für den wahren Erben gehalten haben; dagegen macht es keinen Unterschied, ob er das Erbstück durch einen freiwilligen Act des vermeintlichen Erben, oder allenfalls im Executionswege, ob er es aus einem entgeltlichen oder unentgeltlichen Titel überkommen habe, und ob die Sache eine bewegliche oder unbewegliche Sache sei. In diesen beiden letzteren Beziehungen ist demnach auch die Anordnung des §. 824 umfassender als jene des §. 367, welche sich nur auf bewegliche Sachen bezieht, und denjenigen, der eine fremde Sache auf unentgeltliche Weise erworben hat, nicht in Schutz nimmt.

12. Der §. 824 spricht zwar nur von der Uebertragung des Eigenthumes einzelner Verlassenschaftsstücke, er muß aber zufolge einer offenbaren Analogie, und mit Rücksicht auf die Bestimmung des §. 456 wohl auch auf die Erwerbung eines Pfand- oder Servitutsrechtes an solchen Erbstücken ausgedehnt werden, und es scheint uns daher vollkommen begründet, daß die nach der Einantwortung des Nachlasses auf einzelne Bestandtheile desselben in gutem Glauben erworbenen Pfand- und Dienstbarkeitsrechte, mögen sie freiwillig bestellt oder von dem Richter (im Executionswege) eingeräumt worden sein, und mögen sie sich auf eine bewegliche oder unbewegliche Sache beziehen, von dem obsiegenden Evincenten anerkannt werden müssen [2]). Hieraus folgt denn, daß auch jene Sicherstellungen, welche die Gläubiger des Erben nach §. 822 auf das Erbgut erwirkten, wie Dr. Schiestl a. a. O. nachweist, dem evincirenden Erben gegenüber aufrecht verbleiben [3]), indem das bedingte Recht, das durch dieselben begründet wurde, zufolge der geschehenen Einantwortung in ein unbedingtes überging, und es gleichgiltig ist, ob das Pfand-

---

[1]) Vgl. die Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 14. Jänner 1842, Z. 32092, in Nr. 109 der allg. österr. Ger. Ztg., J. 1863.

[2]) In diesem Sinne erfloß auch die im Eco dei Tribunali 1851, pag. 195 und 1852, pag. 121 mitgetheilte appellatorische Entscheidung v. 23. Mai 1850, welche vom obersten Gerichtshofe unterm 3. December u. J. bestätiget wurde.

[3]) S. den in Nr. 27 der allg. österr. Ger. Ztg. vom Jahre 1852 mitgetheilten Rechtsfall. A war im Jahre 1849 mit Hinterlassung des einzigen Erben B gestorben. In seinem Nachlasse befanden sich 10 Stück 5% Metalliques-Obligationen à 1000 fl., welche in das Inventar aufgenommen und dem B gerichtlich eingeantwortet wurden, da in den nachgelassenen Schriften des A keine Spur vorkam, daß sie das Eigenthum eines anderen seien. Die Gläubiger des Erben B belegten diese Obligationen nach §. 822 mit Pfandrecht, wornach dieselben ihm nicht ausgefolgt, sondern in deposito behalten wurden. Bald nachher brach der Concurs über das Vermögen des B aus, und nun trat C mit einer von dem Erblasser A gefertigten Originalurkunde auf, worin dieser bekannte, die gedachten 10 Stück Obligationen von C zur Aufbewahrung erhalten zu haben. C stellte demnach das Begehren, zu erkennen: „Die im gerichtlichen deposito befindlichen, aus dem Nachlasse des A herrührenden und dem Erben B gerichtlich eingeantworteten Obligationen seien sein Eigenthum, und die Concursmasse sei schuldig, ihm dieselben zu verabfolgen." — In zweiter und dritter Instanz wurde entschieden, das angemeldete (und von dem Concursmassevertreter nicht widersprochene) Eigenthum der fraglichen 10 Stück Staatsschuldverschreibungen sei zur Concursmasse des B liquid, jedoch sei der Anmelder zu gestatten schuldig, daß dieselben zur Befriedigung jener Concursmassegläubiger verwendet werden, welche nach Maßgabe des §. 822 des a. b. G. B. darauf das Pfandrecht erworben haben, wenn er es nicht vorziehen sollte, diese Gläubiger aus eigenem zu befriedigen.

recht vor oder nach der Einantwortung des Nachlasses erworben wurde, immer vorausgesetzt, daß der Pfandwerber zur Zeit des Erwerbes im redlichen Glauben gewesen sei, d. h. den Besitzer der Erbschaft für den wirklichen Erben gehalten habe.

Sechzehntes Hauptstück.

Von der Gemeinschaft des Eigenthums und anderer dinglichen Rechte.

§. 825.

Ursprung einer Gemeinschaft.

So oft das Eigenthum der nämlichen Sache, oder ein und dasselbe Recht mehreren Personen ungetheilt zukommt, besteht eine Gemeinschaft. Sie gründet sich auf eine zufällige Ereignung; auf ein Gesetz; auf eine letzte Willenserklärung; oder auf einen Vertrag.

1. Die Gemeinschaft (communio) ist dasjenige Verhältniß, vermöge dessen mehreren (phisischen oder juristischen) Personen das Eigenthum oder ein anderes dingliches Recht (Pfandrecht, Dienstbarkeit, Erbrecht) an der nämlichen Sache dergestalt zusteht, daß jedem ein intellectueller (ideeller) Theil an der gemeinschaftlichen Sache gebührt (vgl. auch §. 361). Das Gesetz spricht zwar überhaupt von „einem und demselben Rechte," welches mehreren Personen ungetheilt zukömmt, allein sowohl die Stellung des ganzen Hauptstückes, als die Ueberschrift desselben: „von der Gemeinschaft des Eigenthumes und anderer dinglichen Rechte," deutet darauf hin, daß hier nur von der Gemeinschaft dinglicher Rechte gehandelt werden soll; und in der That wird auch die Gemeinschaft der persönlichen Sachenrechte (Solidarität, Correalität) erst in dem nächstfolgenden Hauptstücke in den §§. 888 bis 896 normirt.

2. Die Gemeinschaft gewährt, wie schon Bd. I, S. 446 d. W. hervorgehoben wurde, jedem einzelnen Theilhaber ein seiner Beschaffenheit, wenn auch nicht seinem Umfange nach, gleiches Recht über alle Theile des Gegenstandes derselben. Jeder hat einen intellectuellen (unkörperlichen) Antheil an der gemeinschaftlichen Sache; es gibt also ebensowenig ein s. g. condominium in solidum[1]), zufolge dessen jeder Theilhaber als Eigenthümer der ganzen Sache betrachtet würde, als noch weiter von einer Gemeinschaft die Rede sein kann, wenn die Antheile der einzelnen körperlich ausgeschieden werden (s. g. condominium pro diviso), weßhalb sich auch der §. 361 ganz richtig des Ausdruckes „unabgesonderte Theile" bedient. Dagegen wird der Begriff der Gemeinschaft nicht aufgehoben, wenn bei einer Realität die (intellectuellen) Antheile der einzelnen Theilgenossen grundbücherlich ausgezeichnet sind, wenn also z. B. A um die Hälfte, B um ein Viertheil und C ebenfalls um ein Viertheil vergewährt erscheint, und Dr. Finger ist daher ganz irrig daran, wenn er behauptet[2]), daß in einem solchen Falle im rechtlichen Sinne gar keine Gemeinschaft des Eigenthumes der fraglichen Realität bestehe; diese bleibt vielmehr ungeachtet der über bestimmte Antheile derselben ertheilten abgesonderten Gewähren ein im Grundbuche unter derselben Rubrik aufgeführtes Ganzes, bei welchem nur verschiedene Theilgenossen nach den eben auch im Grund-

---

[1]) Winiwarter (bürg. Recht, Bd. 3, S. 457) und Ellinger (Handb. S. 321) bedienen sich ganz unrichtig des Ausdruckes condominium pro indiviso, denn im Begriffe des Miteigenthumes liegt es schon, daß eine Sache mehreren pro indiviso gehöre.

[2]) Zwischen den Eigenthümern mehrerer grundbücherlich abgesonderter Hausantheile besteht im Sinne des österr. Civilrechtes keine Gemeinschaft des Eigenthumes bezüglich dieses Hauses (Zeitschr. für österr. Rechtsgel. 1845, II., S. 224).

buche ausgezeichneten Quoten einschreiten. Die intellectuelle Theilung hebt die Gemeinschaft nicht auf, sie liegt vielmehr im Wesen derselben[1]).

Daher bestimmt auch der §. 10 des allg. Grundbuchsgesetzes: Das Miteigenthum an den zu einem Grundbuchskörper gehörigen Liegenschaften kann, sofern nicht besondere Vorschriften eine Ausnahme zulassen, nur nach im Verhältnisse zum Ganzen bestimmten Antheilen, z. B. zur Hälfte, zu einem Drittel, eingetragen werden.

3. Die Entstehung einer Gemeinschaft kann auf mannigfaltige Weise vor sich gehen. Sie kann nämlich herbeigeführt werden:

a) durch einen Zufall (die s. g. communio incidens), z. B. wenn mehrere Personen eine Sache zugleich finden (§. 394); wenn die Sachen verschiedener Eigenthümer vereinigt, vermengt oder vermischt werden (§. 415); wenn der Stamm eines Baumes auf den Gränzen mehrerer Eigenthümer emporwächst (§. 421); wenn durch Ueberschwemmung oder auf sonst eine Weise die Gränzen mehrerer Grundstücke unkennbar geworden sind (§§. 850 u. ff.)[2]).

b) Sie kann weiter entstehen durch eine gesetzliche Anordnung. So begründen die Vorschriften über die gesetzliche Erbfolge (§§. 732 u. ff.) sehr häufig eine Gemeinschaft unter den Intestaterben; so bestimmt der §. 715 bei dem Vorhandensein mehrerer Testamente oder Codicille, von denen sich nicht entscheiden läßt, welches das spätere sei, daß sie beide, insofern sie neben einander bestehen können, zu gelten haben, und die Vorschriften über die Gemeinschaft des Eigenthumes dabei zur Anwendung zu bringen seien.

c) Eine letzte Willenserklärung wird der Entstehungsgrund einer Gemeinschaft, wenn der Erblasser mehrere Erben eingesetzt (§§. 555 u. ff.), oder ein Vermächtniß mehreren Personen zugedacht hat (§. 689).

d) Aus einem Vertrage kann endlich die Gemeinschaft hervorgehen, wenn mehreren Personen eine und dieselbe Sache zugewendet wird (§§. 888 und 892), oder wenn mehrere Personen ihre Sachen zum gemeinschaftlichen Nutzen vereinigen (§§. 1175 u. ff.), also einen Gesellschaftsvertrag (societas) schließen.

§. 826.

Nach Verschiedenheit der Quellen, aus denen eine Gemeinschaft entspringt, erhalten auch die Rechte und Pflichten der Theilhaber ihre nähere Bestimmung. Die besonderen Vorschriften über eine durch Vertrag entstehende Gemeinschaft der Güter sind in dem sieben und zwanzigsten Hauptstücke enthalten.

1. Die nächste Entscheidungsquelle über die aus der Gemeinschaft ent-

---

[1]) Der von Dr. Finger a. a. O. gegen diese Ansicht geltend gemachte Vorwurf, daß nach derselben eine in den öffentlichen Büchern bereits realisirte Theilung und Absonderung als nicht bestehend betrachtet würde, ist gänzlich ungegründet, und es ist von dem Verfasser die Ausmessung bestimmter Antheile mit der wirklichen Theilung verwechselt. Nur die erstere macht die Aufzeichnung im Grundbuche ersichtlich, und dieses stimmt daher vollkommen mit dem wirklichen Zustande der Sache überein. Ebensowenig kann das Hfd. vom 14. December 1790, Nr. 96 der J. G. S., auf welches er sich beruft, zu seinen Gunsten angeführt werden. Dasselbe lautet: „Wo bei einem Hause mehrere Eigenthümer eintreten, sind dieselben insgesammt in dem Grundbuche einzutragen; und zwar bei einem unzertheilten Gute mit gleichem Rechte; bei einem getheilten Hause aber nach jener Art, wie die Abtheilung geschehen ist, nämlich mit der Bemerkung, entweder was für ein Antheil des Ganzen, oder was für specifike, jedem eigens zugewiesene Bestandtheile des Hauses jedem einzelnen Eigenthümer angehörig seien.“ Diese Vorschrift scheint uns drei Fälle zu berühren: 1. wenn den Theilgenossen (weil sie z. B. in einem Testamente ohne Vorschrift einer Theilung zu Erben eingesetzt sind) noch keine bestimmten Antheile ausgemessen wurden: 2. wenn ihnen schon bestimmte intellectuelle Antheile zugemessen sind; und 3. wenn eine phisische Theilung des Hauses, z. B. nach Stockwerken, stattgefunden hat, wie sie in älteren Zeiten allerdings üblich war, gegenwärtig aber untersagt wurde (s. unten beim §. 843). Die Ausdrücke „Abtheilung“ und „getheilt“ beziehen sich demnach sowohl auf die intellectuelle als auf die phisische Theilung, die jedoch wohl unterschieden werden müssen, indem die erstere die Gemeinschaft fortbestehen läßt, während die letztere sie aufhebt. Die Richtigkeit dieser Ansicht wurde auch von dem obersten Gerichts- und Cassationshofe wiederholt anerkannt. (S. die Entscheidungen vom 10. December 1847, Z. 7327, und v. 30. December 1853, Z. 13331, in den Nr. 1 u. 2 und 28 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1854.)

[2]) Die Zeitschrift Themis (n. F. Hft. 2, S. 85) und der Jurist (Bd. 10, S. 294) bringen einen Rechtsfall, worin eine Gemeinschaft dadurch entstand, daß jemand zwei nebeneinander liegende, jedoch verschiedene grundbücherliche Objecte bildende Grundstücke A und B kaufte, auf denselben ein Haus erbaute, dieß mit einem Garten umgab und überhaupt solche Veränderungen vornahm, welche es nach einiger Zeit ganz unmöglich machten, die Gränzen der beiden Grundstücke zu unterscheiden, während mittlerweile mehrere Gläubiger des Eigenthümers zu verschiedenen Zeiten Hypothekarrechte für ihre Forderungen erhalten hatten, welche im Grundbuche theils auf dem Grundstücke A, theils auf dem Grundstücke B einverleibt worden waren.

springenden Rechtsverhältnisse ist der Vertrag oder die letztwillige Anordnung, durch welche sie allenfalls begründet wurde. Aus diesen ist häufig zu entnehmen, was eigentlich der Gemeinschaft unterworfen sei, welcher Antheil jedem einzelnen gebühre, wie lange die Gemeinschaft fortzudauern habe und dgl. mehr. Hiernach ist mit Rücksicht auf die Verschiedenheit des Entstehungsgrundes der Gemeinschaft zu sehen, welche besonderen Bestimmungen zur Anwendung zu kommen haben: so z. B. bei der Gemeinschaft durch das Finden einer Sache der §. 394; bei dem Zuwachse durch Vereinigung die §§. 415 u. ff.; bei dem gemeinschaftlichen Erbrechte die §§. 555—563, 732—758, 807, 820—824; bei Collegataren der §. 689; hinsichtlich der Vertrags-Gemeinschaft die §§. 1175—1216 und 1233—1237. Bieten auch diese besonderen Verfügungen des Gesetzes keinen Anhaltspunkt dar, so kommen dann die Vorschriften des gegenwärtigen Hauptstückes als maßgebend anzusehen, und nur bei der Vertragsgemeinschaft wäre auf das XVII. Hauptstück des II. Theiles „von den Verträgen überhaupt“ zurückzugehen.

2. Die römischen Civilisten behandeln in der Lehre von der Gemeinschaft häufig drei Materien, nämlich die actio communi dividundo, finium regundorum und familiae erciscundae. Letztere (die Erbtheilungsklage) ist bereits im vorhergehenden Hauptstücke erörtert worden; das vorliegende beschäftiget sich mit der Gemeinschaft von Sachen, die nicht eine Erbschaft bilden (§§. 827—849) und mit der Gränzscheidungsklage (§§. 850—853), worauf noch einige Bestimmungen über die s. g. vermuthete Gemeinschaft folgen (§§. 854—858).

§. 827.

Wer einen Antheil an einer gemeinschaftlichen Sache anspricht, der muß sein Recht, wenn es von den übrigen Theilnehmern widersprochen wird, beweisen.

1. Der vorstehende §. enthält eigentlich nur ein Corollarium aus dem schon oft erwähnten allgemeinen processualischen Grundsatze, daß jeder streitende Theil die Thatsachen, worauf er ein angesprochenes Recht gründet, zu beweisen habe, widrigenfalls dieselben bei Entscheidung des Processes, insoweit sie von den Gegnern widersprochen würden, nicht für wahr zu halten wären. Es muß demnach, wenn von der Ausübung eines aus der Gemeinschaft entspringenden Rechtes die Rede sein soll, nothwendiger Weise diese selbst als bestehend vorausgesetzt werden. Zu diesem Behufe ist es nothwendig, im Widerspruchsfalle nicht nur den Erwerbstitel, sondern auch die Erwerbungsart darzuthun, da es sich um die Gemeinschaft eines dinglichen Rechtes handelt, welches ohne Titel und rechtliche Erwerbungsart nicht erlangt werden kann (§§. 380, 451 und 481), und nach §. 360 läßt sich aus der bloßen Abführung eines fortdauernden Zinses oder jährlicher Renten von einem Grundstücke noch nicht auf die Theilung des Eigenthumes folgern. Eben so ist das Miteigenthum auch von dem getheilten oder unvollständigen Eigenthume (§§. 357—360) wohl zu unterscheiden, wobei jedoch zu bemerken kömmt, daß der Nutzungseigenthümer allerdings auch ein Recht auf die Substanz der Sache hat (§. 357) und sich daher in Ansehung desselben mit dem Obereigenthümer in einer Gemeinschaft befindet.

2. Das Gesetz wollte hier übrigens gewiß keine Ausnahme von dem im §. 323 enthaltenen Grundsatze festsetzen, vermöge dessen der Besitzer einer Sache die rechtliche Vermuthung eines giltigen Titels für sich hat, und also zur Angabe desselben nicht aufgefordert werden kann. Befände sich demnach eine Sache im Besitze mehrerer Personen als deren gemeinschaftliches Eigenthum, so müßte dieser Besitzstand vor allem geschützt werden (§§. 323, 324, 339 und 344), und derjenige, welcher behauptet, daß die fragliche Sache sein Alleineigenthum sei, müßte vielmehr den Beweis führen. Die Richtigkeit dieser Ansicht folgt schon daraus, daß jeder Theilbesitzer sich in der gleichen Lage befindet, also jeder durch seinen Widerspruch die Last des Beweises dem andern zuwälzen könnte.

§. 828.

Gemeinschaftliche Rechte der Theilhaber.

So lange alle Theilhaber einverstanden sind; stellen sie nur Eine Person vor, und haben das Recht, mit der gemeinschaftlichen Sache nach Belieben zu schalten. Sobald sie uneinig sind, kann kein Theilhaber in der gemeinschaftlichen Sache eine Veränderung vornehmen, wodurch über den Antheil des anderen verfügt würde[1]).

§. 829.

Rechte des Theilhabers auf seinen Antheil.

Jeder Theilhaber ist vollständiger Eigenthümer seines Antheiles. In sofern er die Rechte seiner Mitgenossen nicht verletzt, kann er denselben, oder die Nutzungen davon willkürlich und unabhängig verpfänden, vermachen, oder sonst veräußern (§. 361).

1. Bei jeder Gemeinschaft muß das Recht an der gemeinschaftlichen Sache als Ganzem (die gemeinschaftliche Berechtigung) und das Recht auf den einzelnen (intellectuellen) Antheil unterschieden werden. Das Recht, mit der gemeinschaftlichen Sache zu schalten, steht nur der Gesammtheit aller Theilhaber zu. Ihr gebühren sämmtliche Befugnisse, welche sonst dem Alleineigenthümer zustehen, mithin die Sache zu benützen oder unbenützt zu lassen, zu vertilgen, ganz oder zum Theile auf andere zu übertragen oder unbedingt sich derselben zu begeben (§. 362). Sind die Theilhaber darüber einig, so erscheinen sie in Folge dieser Willenseinheit als Eine Person; sie können aber auch unter sich uneinig sein, und gerade dadurch, daß dieses möglich ist, unterscheidet sich die Gemeinschaft von der juristischen Person, die nur Einen Willen haben kann, der durch das verfassungsmäßige Organ derselben ausgesprochen wird (s. Bd. I, S. 74 d. W.).

2. Aeußert sich eine Verschiedenheit des Willens unter den Theilhabern, so darf in der Regel keine Veränderung in der gemeinschaftlichen Sache vorgenommen, z. B. die gemeinschaftliche Sache verpachtet, mit einer Dienstbarkeit belastet, veräußert werden u. dgl., weil, wie schon oben (S. 483 d. W.) angedeutet wurde, das Recht eines jeden einzelnen Theilhabers sich über die ganze Sache erstreckt, so daß durch jede Veränderung in derselben die Rechte aller Theilnehmer berührt werden. Jeder einzelne kann sich daher einer Verfügung widersetzen, durch welche seinem Willen entgegen getreten würde. Eine Ausnahme tritt nur hinsichtlich jener Angelegenheiten ein, welche die ordentliche Verwaltung und Benützung des Hauptstammes betreffen, bei welchen die Mehrheit der Stimmen entscheidet (s. §§. 833 u. ff.).

3. Anders gestaltet sich die Sache, wenn es sich um den (intellectuellen) Antheil des einzelnen handelt. Jeder Theilhaber ist nämlich vollständiger Eigenthümer seines Antheiles (§. 829), und kann daher über diesen intellectuellen Theil, wie jeder Eigenthümer über die in seinem Allein-Eigenthume befindliche Sache, nach Belieben verfügen; er kann ihn demnach benützen und deßhalb auf Ablegung der Rechnung und Vertheilung des Ertrages dringen (§§. 830, 839 und 840); er kann die ihm gebührenden Nutzungen verpfänden, sie vermachen oder sonst veräußern, oder aber auch gänzlich auf dieselben verzichten; er kann ferner seinen Antheil selbst verpfänden, ganz oder zum Theile auf einen andern übertragen (§. 362), oder sich unbedingt desselben begeben.

4. Im letzten Falle ist es zweifelhaft, ob der „verlassene" Antheil den übrigen Theilhabern oder jenen zufalle, denen das Heimfallsrecht gebührt[2]). Uns scheint bei dem Umstande, daß das Recht jedes einzelnen Theilhabers sich auf alle Theile der gemeinschaftlichen Sache ausdehnt, und nur durch die gleichen Rechte der übrigen Theilhaber beschränkt wird, der aufgegebene Antheil der Natur der Sache nach den übrigen Theilhabern zuzuwachsen, oder noch richtiger gesagt, es fällt

[1]) In einigen Ausgaben steht irrig: „wodurch über den anderen verfügt würde."
[2]) Dieß behauptet Winiwarter, bürgl. Recht, Bd. 3, S. 457.

durch die Entsagung eines Theilhabers nur eine Beschränkung weg, welche sonst den übrigen Theilhabern gegenüber durch seine Concurrenz herbeigeführt worden wäre [1]). Eine Ausnahme tritt bloß bei der aus einem letzten Willen entspringenden Erbfolge dann ein, wenn mehrere Erben zu bestimmten Theilen eingesetzt (§§. 560—562) oder mehrere Legatare zu bestimmten Theilen mit einem Vermächtnisse (§. 689) bedacht sind, und einer oder der andere den Erbtheil oder das Vermächtniß nicht annehmen kann oder will.

§. 830.

Jeder Theilhaber ist befugt, auf Ablegung der Rechnung und auf Vertheilung des Ertrages zu dringen. Er kann in der Regel auch die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen; doch nicht zur Unzeit, oder zum Nachtheile der Uebrigen. Er muß sich daher einen, den Umständen angemessenen, nicht wohl vermeidlichen Aufschub gefallen lassen.

§. 831.

Hat sich ein Theilhaber zur Fortsetzung der Gemeinschaft verbunden, so kann er zwar vor Verlauf der Zeit nicht austreten; allein diese Verbindlichkeit wird, wie andere Verbindlichkeiten aufgehoben, und erstreckt sich nicht auf die Erben, wenn diese nicht selbst dazu eingewilliget haben.

§. 832.

Auch die Anordnung eines Dritten, wodurch eine Sache zur Gemeinschaft bestimmt wird, muß zwar von den ersten Theilhabern, nicht auch von ihren Erben befolgt werden. Eine Verbindlichkeit zu einer immerwährenden Gemeinschaft kann nicht bestehen.

1. Vermöge des jedem Theilhaber zustehenden Rechtes auf seinen Antheil ist er befugt, auf die Vertheilung des Ertrages der Sache zu dringen, und zu diesem Ende auch Ablegung der Rechnung zu verlangen, worüber in den §§. 837, 839 und 840 das weitere bestimmt ist.

2. Er kann ferner in der Regel die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen, weil diese mancherlei Beschränkungen (s. oben) für den einzelnen herbeiführt und überhaupt zu mancherlei Streitigkeiten Anlaß geben kann; und deßhalb ist auch die Verbindlichkeit, die Theilung einer gemeinschaftlichen Sache vornehmen zu lassen, nach §. 1481 keiner Verjährung unterworfen. Die Aufhebung der Gemeinschaft muß, wie jeder andere Rechtsanspruch, im Weigerungsfalle mittelst einer Klage durchgesetzt werden, welche man mit dem Namen der Theilungsklage (communi dividundo judicium) zu bezeichnen pflegt.

3. Die in Frage stehende Berechtigung leidet jedoch mehrere Ausnahmen und zwar

a) wenn die Aufhebung zur Unzeit verlangt würde, d. h. zu einer Zeit, wo sie nicht wohl vorgenommen werden könnte, z. B. wenn es sich um die Theilung eines Grundstückes handelte, zur Zeit einer Ueberschwemmung, oder wenn ein gemeinschaftliches Haus veräußert werden sollte (§. 843), zur Zeit, da der Werth der Realitäten wegen eines feindlichen Einfalles oder innerer Unruhen u. dgl. bedeutend gesunken ist, und zu erwarten steht, daß die Verhältnisse sich wieder günstiger gestalten werden [2]). Jedenfalls müßte der Umstand, daß die begehrte Aufhebung der Gemeinschaft eine unzeitige sei, von denjenigen Theilhabern, welche sich der Aufhebung widersetzen, erwiesen werden [3]).

b) Wenn sie zum Nachtheile der übrigen gereichen würde, sei es, daß eine Arglist dabei unterliefe (§. 1212) oder nicht; ein solcher Fall träte z. B. dann ein, wenn ein Vortheil, der sonst der Gesammtheit zu guten gekommen wäre,

---

[1]) Vgl. Nippel, Erläut. Bd. 5, S. 257 und oben S. 483 d. W.

[2]) Dieser Beisatz scheint mir nothwendig, weil sonst die Theilung unter dem Vorwande ungünstiger Verhältnisse fort und fort hinausgeschoben werden könnte.

[3]) S. die Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 1. April 1856, Z. 2859, in Nr. 77 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1856 und in Glaser's und Unger's Sammlg. Nr. 180.

nach der Aufhebung der Gemeinschaft einem einzelnen Theilhaber anheimfallen würde. In diesem, wie in dem vorhergehenden Falle wird die Theilungsklage nicht gänzlich ausgeschlossen, sondern der Theilhaber muß sich nur einen, den Umständen angemessenen, nicht wohl vermeidlichen Aufschub gefallen lassen, dessen Dauer, wenn sich die Parteien nicht vereinigen könnten, nach der Analogie des §. 904 der Richter zu bestimmen hätte.

c) Eine fernere Ausnahme tritt dann ein, wenn die Theilhaber selbst sich zur Fortsetzung der Gemeinschaft durch eine gewisse Zeit verbunden haben, indem sie dann vor Verlauf dieser Zeit die Aufhebung derselben nicht verlangen dürfen; ja dem Wortlaute nach scheint das Gesetz sogar noch weiter zu gehen, indem es dem Theilhaber, der sich auf eine solche Art verbindlich gemacht hat, nicht einmal gestattet, „auszutreten", was durch die (sonst nach §. 829 allgemein erlaubte) Veräußerung seines Antheiles geschehen könnte; doch dürfte diese Auslegung dem Geiste der gesetzlichen Anordnungen widerstreiten, da diese den Austritt in jeder Weise begünstigen (s. unten und §§. 1205—1212). Es möchte also wohl anzunehmen sein, daß die Unstatthaftigkeit des Austrittes nur dann Platz greife, wenn sich der Theilhaber insbesondere verpflichtet hat, selbst in der Gemeinschaft zu bleiben, nicht aber, wenn er sich bloß anheischig gemacht, die Aufhebung derselben nicht zu verlangen. In keinem Falle kann eine oder die andere Verbindlichkeit auf immerwährende Zeiten übernommen werden, wie aus dem Schlußsatze des §. 832 erhellet. Stirbt ein Theilhaber, welcher die in Frage stehende Verpflichtung eingegangen hat, vor Ablauf der bestimmten Zeit, so können seine Erben nicht verhalten werden, die Gemeinschaft weiter fortzusetzen, wiewohl sonst derlei Verbindlichkeiten (nach §. 548) auch auf die Erben übergehen, und zwar wohl deßhalb, weil sie sich oft in so wesentlich verschiedenen Verhältnissen befinden können, daß ihnen dadurch eine weit größere Last auferlegt würde als dem Erblasser. Diese Vorschriften gelten jedoch nicht im vollen Umfange bei der Vertragsgemeinschaft, hinsichtlich deren die §§. 1206—1208 zur Anwendung zu kommen haben.

b) Hat ein dritter, z. B. der Testator, die Verfügung getroffen, daß die Sache, die er mehreren Personen zuwendet, in der Gemeinschaft derselben bleiben, z. B. das Haus, das er dem A und B vermacht hat, von diesen nicht veräußert werden solle, so muß eine derartige Verfügung zwar von den ersten Theilhabern befolgt werden, auf deren Erben geht aber auch eine solche Verbindlichkeit nicht über.

4. Eine sich wohl von selbst verstehende Anordnung ist es, daß die Verbindlichkeit, durch eine bestimmte Zeit in der Gemeinschaft zu bleiben, oder die Auflösung derselben nicht zu verlangen, wie jede andere Verbindlichkeit aufgehoben werden könne, also durch ein neuerliches Uebereinkommen der Parteien (§. 1444), durch den Untergang der zur Gemeinschaft bestimmten Sache (§. 1447) und durch den Tod (§§. 831 u. 832), im letzteren Falle jedoch mit Ausnahme der Vertragsgemeinschaft.

5. Wie die Aufhebung der Gemeinschaft zu bewerkstelligen sei, wird bei den §§. 841 u. ff. erörtert werden.

§. 833.

Rechte der Theilhaber in der gemeinschaftlichen Sache: a) in Rücksicht des Hauptstammes;

Der Besitz und die Verwaltung der gemeinschaftlichen Sache kommt allen Theilhabern insgesammt zu. In Angelegenheiten, welche nur die ordentliche Verwaltung und Benützung des Hauptstammes betreffen, entscheidet die Mehrheit der Stimmen, welche nicht nach den Personen, sondern nach Verhältniß der Antheile der Theilnehmer gezählet werden.

1. So lange die Gemeinschaft nicht aufgehoben ist, kommt der Besitz der gemeinschaftlichen Sache allen Theilhabern insgesammt zu, wird jedoch in der Regel nicht von allen zugleich ausgeübt werden können, weil zum Begriffe des Besitzes die Innehabung gehört (vgl. Bd. I, S. 394 d. W.), die gemeiniglich nur einer Person zustehen kann. Es müßte also ein Uebereinkommen dahin getroffen werden,

daß die Sache jemandem in Verwahrung gegeben werde, damit er sie im Namen aller inne habe, und jeder darüber wachen könne, daß nichts geschehe, was seinen Interessen zuwider liefe. Sollte jedoch die Benützung der Sache von ihrer Innehabung nicht getrennt werden können, wie z. B. wenn mehreren Violinspielern eine Geige als Eigenthum zugefallen wäre [1]), so scheint dahin entschieden werden zu müssen, daß jedem Theilhaber abwechselnd für einen, dem Verhältnisse seines Antheiles entsprechenden Zeitraum die Benützung der Sache zu überlassen sei, wobei nach der Analogie des §. 841 vorzugehen wäre, wenn zwischen den Theilhabern über die Reihenfolge und die Dauer der abwechselnden Benützung keine Uebereinstimmung erzielt werden könnte. Bildet die gemeinschaftliche Sache einen Gegenstand der öffentlichen Bücher, so können alle Theilhaber zugleich in den Tabularbesitz derselben gelangen (vgl. Bd. I, S. 402 d. W.), da nach den bestehenden Einrichtungen die Eintragung auf den Namen aller erfolgen kann.

2. Außer dem Besitze handelt es sich häufig auch noch um die Verwaltung der gemeinschaftlichen Sache. Diese steht ebenfalls der Gesammtheit der Theilhaber zu, denn sie bildet einen Ausfluß ihres Eigenthumsrechtes. Doch kann hier nicht, wie, wenn es sich um eine der oben (§. 839) angedeuteten Verfügungen über die gemeinschaftliche Sache handelt, die Willenseinigung aller Theilnehmer verlangt werden, weil darunter die Verwaltung, die oft schnell zu ergreifende Maßregeln erheischt, offenbar leiden, und am Ende der Untergang der Sache selbst oder wenigstens eine bedeutende Werthsverminderung derselben herbeigeführt werden würde. Die Gesetzgebung fand sich daher veranlaßt, in Beziehung auf die Verwaltung der gemeinschaftlichen Sache die Mehrheit der Stimmen entscheiden zu lassen, da im allgemeinen wohl vorauszusetzen ist, daß jene Maßnahme, für welche sich die meisten Stimmen vereinigen, auch wirklich die ersprießlichste sei. Die Mehrheit der Stimmen wird jedoch nicht nach der Zahl der Personen, sondern nach der Größe der Antheile (z. B. der Actien, der Kuxe bei einem Bergwerke u. dgl.) berechnet, weil anzunehmen ist, daß derjenige, der ein höheres Interesse an der zweckmäßigen Verwaltung der Sache hat, auch mit um so reiferer Ueberlegung dabei zu Werke gehen werde. Wäre daher das Eigenthum einer gemeinschaftlichen Sache unter vier Theilhabern dergestalt getheilt, daß dem A $^2/_5$, dem B, C und D je $^1/_5$ derselben gebührten, so würde die Stimme des A jener der übrigen Theilhaber gegenüber immer für zwei gezählt werden müssen.

3. Sollte auch keine Stimmenmehrheit zu erzielen sein, so entscheidet nach dem Schlußsatze des §. 835 das Los oder ein Schiedsmann, jenachdem sich die Parteien über die eine oder andere dieser Entscheidungsarten einhellig vereinigen. Bei der Auswahl derselben gilt also nicht Stimmenmehrheit, sondern es müssen alle Theilhaber übereinstimmen. Wäre auch dieß nicht der Fall, so hat der Richter zu entscheiden.

4. Hinsichtlich der weiteren Frage, ob sich die Minderheit unbedingt den Maßnahmen der Mehrzahl zu fügen habe, kömmt aber zwischen der ordentlichen und außerordentlichen Verwaltung zu unterscheiden. Zu ersterer gehören alle diejenigen Acte, durch welche nur die schon bestehende Benützungsart der Sache ausgeführt werden soll, die im gewöhnlichen Laufe der Dinge begründet erscheinen, und regelmäßig wiederkehren, wie z. B. die Vornahme der gewöhnlichen, zur Erhaltung eines Gebäudes nothwendigen Reparaturen, die Einhebung der Früchte eines Grundstückes, der Zinsen eines Capitales, die Berichtigung der Steuern und Abgaben u. dgl. m. (Bd. I, S. 337 d. W.). Insbesondere ist hierher auch die zum ordentlichen Wirthschaftsbetriebe gehörige Vermiethung der Wohnungen in einem gemeinschaftlichen Hause, und die damit im Zusammenhang stehende Aufkündigung der bestehenden, sowie die Eingehung neuer Miethverträge und die Festsetzung des zu ent-

[1]) S. Nippel, Erläut. Bd. 5, S. 263.

richtenden Miethzinses zu rechnen [1]), und es macht hierbei keinen Unterschied, wenn einer der Miteigenthümer in dem gemeinschaftlichen Hause eine Wohnung inne hat, weil er nur Eigenthümer seines intellectuellen Antheiles, nicht aber bestimmter phisischer Bestandtheile des Hauses ist, deren Gebrauch er ansprechen könnte [2]). Er muß also hier, wie in allen andern Fällen der ordentlichen Verwaltung, dem Beschlusse der mehreren Stimmen weichen [3]).

---

[1]) Zum ordentlichen Wirthschaftsbetriebe können nur die gewöhnlichen Vermiethungen, nicht aber solche gerechnet werden, die auf eine längere als die ortsübliche Zeit, besonders auf mehrere Jahre eingegangen werden, wie auch aus §. 189 des Pat. vom 9. August 1854, Nr. 208 des R. G. Bl., hervorgeht. S. den in Nr. 25 der allg. österr. Ger. Ztg. J. 1860 mitgetheilten Rechtsfall und die Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 20. September 1859, Z. 10735.

[2]) J. B. besaß ein Haus, in welchem er dem M. E. mit seiner Gattin eine Wohnung nebst einem Wirthshauslocale um sehr billigen Preis vermiethet hatte. Der Hauseigenthümer starb und hinterließ drei Erben, welche zu gleichen Theilen um das Haus vergewährt wurden. Einem dieser Miterben kauften M. E. und seine Gattin ein Drittheil des Hauses ab und ließen sich ebenfalls an die Gewähr bringen. Die beiden andern Miteigenthümer kündigten ihnen nun die Wohnung und das Wirthshauslocale auf, da sie überzeugt waren, es höher vermiethen zu können. M. E. und seine Gattin legten die Aufkündigung zurück und baten um Anerkennung der Statthaftigkeit dieses Rücklages. Die erste Instanz wies sie aber mit diesem Begehren zurück, da die Wohnungsaufkündigung zur ordentlichen Verwaltung eines Hauses gehöre, bei welcher die Stimmenmehrheit entscheidet, und da nach §. 840 wohl die erzielten Nutzungen in Natur zu theilen kommen, die Nutzungen eines Zinshauses aber nicht in der eigenen Bewohnung, sondern in dem Zinsenerträgnisse bestehen. Dr. v. Sonnleithner, welcher diesen Rechtsfall in der Zeitschr. f. Rechtsgel. 1827, II., S. 49 mittheilt, schließt sich dieser Entscheidung an, wobei er noch insbesondere hervorhebt, daß ein Miteigenthümer durch die ausschließende Benützung bestimmter Wohnungsstücke in das gleiche Benützungsrecht der übrigen Theilhaber eingreifen würde. — In ganz ähnlicher Weise wurde von dem k. k. obersten Gerichtshofe unterm 21. August 1855, Z. 8082, der in Nr. 109 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1855 mitgetheilte Rechtsfall entschieden. Zur Verlassenschaft der am 16. Jänner 1855 verstorbenen Walburga Str., Eigenthümerin des Hauses Nr. * im Lichtenthale, schritten ihr Sohn Johann Str. zu einem Drittheile, dann dessen minderjähriger Bruder Ferdinand Str. ebenfalls zu einem Drittheile und die Tochter Caroline D., geb. Str., ebenfalls zu einem Drittheile als Erben ein, und wurde ihnen die Verlassenschaft sammt dem dazu gehörigen Hause auch wirklich zu den besagten Theilen eingeantwortet. In dem besagten Hause hatte Johann Str. zwei Wohnungen inne, welche ihm von dem Vormunde seines minderjährigen Bruders, Georg W., im Einverständnisse mit der dritten Theilhaberin Caroline D., unterm 4. Mai 1855, Z. 7168, gekündiget wurden, weil er sich zur Zahlung eines gesteigerten Miethzinses nicht herbeilassen wollte. Johann Str. trat nun unterm 9. Mai 1855 klagbar gegen die beiden Miteigenthümer des in Frage stehenden Hauses auf, mit dem Begehren, das Gericht wolle dem Rückerlage der gegentheiligen Steigerung und rücksichtlich Aufkündigung der beiden von ihm benützten Wohnungen in dem besagten Hause stattgeben und die Gegner in den Ersatz der Gerichtskosten verfällen. Der k. k. oberste Gerichts- und Cassationshof fand „in Erwägung, daß auch gegen einen Miteigenthümer eines Hauses die Wohnung gekündet werden kann, weil er wohl vollständiger Eigenthümer seines Antheiles ist, aber das Recht an der gemeinschaftlichen Sache nicht pro indiviso, sondern mit mehreren nach ideellen Theilen getheilt besitze; in Erwägung, daß auch Kläger nur als Miethsmann zu bestimmten Zinsen die Localitäten in dem mütterlichen, nun in die Verlassenschaft gehörigen, also den Streittheilen gemeinschaftlichen Hause inne hat; in Erwägung endlich, daß das vermiethen und das damit im Zusammenhange stehende steigern und aufkünden der Wohnungen zur ordentlichen Verwaltung und Benützung eines gemeinschaftlichen Hauses gehört, daher nach §. 833 des a. b. G. B. ein Theilgenosse die Wohnung in dem gemeinschaftlichen Hause nicht ansprechen kann, wenn die Mehrheit (hier die unbestritten zwei Drittheile repräsentirenden Beklagten) entgegen ist," das oberlandesgerichtliche Erkenntniß, welches dem begehrten Rückerlage nicht stattgegeben hatte, zu bestätigen. — Die entgegengesetzte Ansicht vertheidigt Kopetzky bei Besprechung des im Jurist Bd. 5, S. 303 mitgetheilten Rechtsfalles, wo die Vormundschaft der B'schen Pupillen, welchen $^3/_4$ eines Hauses gehörten, dem Gastwirthe A. M., welcher das letzte Viertheil dieses Hauses an sich gebracht hatte, die schon früher in demselben gemiethete Wohnung kündigte. Der Verfasser stützt sich vorzüglich darauf, daß es sich bei einer Aufkündigung an den Miteigenthümer um eine wichtige Veränderung, um eine andere Art der Verwaltung und Benützung des Hauptstammes handle, und daß der Miteigenthümer nicht als Bestandnehmer, sondern kraft des ihm zustehenden Besitzrechtes seine Wohnung inne habe. Allein in der ersteren Beziehung ist es nicht abzusehen, worin die wichtige Veränderung eigentlich bestehen soll, und warum das räumen einer Wohnung wichtiger sei, wenn es von Seite eines Miteigenthümers, als wenn es von Seite eines gewöhnlichen Miethsmannes geschieht; in dem zweitangeführten Grunde liegt aber, wie uns scheint, eine Verwechslung des Anspruches auf den phiiischen Besitz eines bestimmten Wohnungsstückes, mit dem Rechte auf den intellectuellen Antheil an der ganzen gemeinschaftlichen Sache.

[3]) Anders ist es natürlich, wenn keine Mehrheit der Stimmen vorhanden ist, sondern gleichgetheilte Stimmen eintreten. Hier kann, wenn sich die Parteien nicht über die Entscheidung durch das Los oder einen Schiedsmann geeiniget haben, der Richter allerdings die Aufkündigung ablehnen, wenn er der Ansicht ist, daß sie zur besseren Benützung der gemeinschaftlichen Sache nicht nothwendig sei. — Vgl. den von Dr. v. Wildner im Jurist Bd. 12, S. 301 dargestellten Rechtsfall, in welchem A, der Eigenthümer der Hälfte des Hauses *, dem B, der gemeinschaftlich mit seiner Frau die andere Hälfte des Hauses käuflich an sich gebracht hatte, die in demselben inne gehabte Wohnung kündigen wollte, weil das von B betriebene Tischlergewerbe dem Hause nachtheilig sei. Der erste Richter gab bei dem Umstande, daß sich eine Stimmenmehrheit für die gemachte Anfkündigung nicht herausgestellt hatte, und die Benützung einer Wohnung durch einen Tischler ihm für das Haus nicht nachtheilig erschien, dem Begehren des Klägers A nicht statt, und die zweite Instanz bestätigte im Recurswege diese Entscheidung. In einem anderen Falle waren A und B, je zur Hälfte Eigenthümer eines Hauses, dessen Verwaltung bisher von B geführt wurde. Eine Meinungsverschiedenheit, welche über die Vermiethung desselben zwischen ihnen entstand, veranlaßte den A, bei Gericht das Begehren zu stellen, daß die Verwaltung des Hauses einem dritten, dem C, übertragen werde. In Erwägung, daß nach §. 833 a. b. G. B. in Angelegenheiten der ordentlichen Verwaltung der gemeinschaftlichen Sache die Mehrheit der nach Verhältniß der Antheile der Miteigenthümer zu zählenden Stimmen entscheidet, — daß die Vermiethung des gemeinschaftlichen Hauses, worüber A und B sich nicht vereinigen können, zu den Angelegenheiten der ordentlichen Verwaltung desselben gehört, — daß mithin über die Art der ferneren ordentlichen Verwaltung des Hauses wie auch über die Wahl des Verwalters eine Uneinigkeit der Genossen vorliegt, welche bei der Gleichheit ihrer Eigenthumsantheile durch Stimmenmehrheit nicht geschlichtet werden kann, woraus sich die Nothwendigkeit der Bestellung eines Verwalters durch den Richter ergibt, — hat der oberste Gerichtshof mit Entschdg. vom 9. März

§. 834.

Bei wichtigen Veränderungen aber, welche zur Erhaltung oder besseren Benützung des Hauptstammes vorgeschlagen werden, können die Ueberstimmten Sicherstellung für künftigen Schaden; oder, wenn diese verweigert wird, den Austritt aus der Gemeinschaft verlangen.

§. 835.

Wollen sie nicht austreten; oder geschähe der Austritt zur Unzeit; so soll das Los, ein Schiedsmann, oder wofern sie sich darüber nicht einhellig vereinigen, der Richter entscheiden, ob die Veränderung unbedingt oder gegen Sicherstellung stattfinden soll oder nicht. Diese Arten der Entscheidung treten auch bei gleichen Stimmen der Mitglieder ein.

1. Handelt es sich nicht um einen Act der ordentlichen Verwaltung, sondern um eine außerordentliche Maßregel, welche zur Erhaltung oder besseren Benützung des Hauptstammes vorgeschlagen wird, und eine wichtige Veränderung in der gemeinschaftlichen Sache hervorzubringen geeignet ist, z. B. um die Niederreißung eines alten, oder die Aufführung eines neuen Gebäudes, um den Ankauf einer Realität, um die Aufsetzung eines Stockwerkes auf das gemeinschaftliche Haus u. dgl.[1], so entscheidet zwar auch hier die Stimmenmehrheit, und die Minderzahl kann dem Beschlusse der Majorität nicht hemmend entgegentreten; allein das Gesetz gibt den Ueberstimmten die geeigneten Mittel an die Hand, um sich vor dem Schaden, der sie etwa in Folge einer solchen Maßregel treffen könnte, zu bewahren.

2. Sie haben nämlich das Recht, von denjenigen Theilhabern, deren Stimmen überwiegend waren, Sicherstellung für den künftigen Schaden zu begehren, also dafür daß der Hauptstamm wirklich erhalten, oder daß durch die vorzunehmenden Veränderungen kein Ausfall in den bisher bezogenen Einkünften herbeigeführt werde. Wird ihnen diese Sicherstellung in gesetzlicher Weise (§§. 1373 und 1374) geleistet, so sind sie keiner weiteren Gefahr ausgesetzt.

3. Wird aber die Sicherheitsleistung verweigert, so können sie sich zwar auch der Ausführung des Majoritätsbeschlusses nicht widersetzen, aber der Schlußsatz des §. 834 räumt ihnen für diesen Fall das Recht ein, den Austritt aus der Gemeinschaft zu verlangen. Hierunter kann nicht bloß die Veräußerung des dem überstimmten Theilhaber gebührenden Antheiles verstanden werden, denn diese steht jedem Mitgliede zu jeder Zeit frei (§§. 361 und 829), sondern es muß angenommen werden, daß ihm hiermit die Befugniß zuerkannt werden wollte, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen[2], und zwar selbst dann, wenn sie sich zur Fortsetzung der Gemeinschaft verbunden hätten, und die hierfür bestimmte Zeit noch nicht abgelaufen wäre, da sich, abgesehen von diesem Falle, das Recht, die Aufhebung zu begehren, ohnehin schon aus §. 830 und §. 1212 ergibt.

4. Das Gesetz geht übrigens von der Ansicht aus, daß es nicht wohl thunlich sei, einen Theilhaber wider seinen Willen zum Austritte zu nöthigen, weil darin eben eine Beeinträchtigung seines Eigenthumsrechtes (§. 829) gelegen wäre. Es mußte also für den Fall, daß die Ueberstimmten nicht austreten wollen, die Mehrheit aber ihnen die angesuchte Sicherstellung verweigert, ein anderer Ausweg getroffen werden; und dieß war auch dann nothwendig, wenn der Austritt zur Unzeit geschehen würde, wo er sich im allgemeinen (§§. 830 und 1212) als unstatthaft darstellt.

a) Als erste Entscheidungsquelle ist nun für diese Fälle das Los hingestellt, durch welches gewöhnlich solche zweifelhafte Fragen beigelegt zu werden pflegen.

1859, Z. 2520, und vom 28. September 1859, Z. 10659 (allg. österr. Ger. Ztg. J. 1863, Nr. 74), verordnet, daß der Verwalter des gemeinschaftlichen Hauses von dem Richter bestellt werde.

[1]) Wohl auch um die Veräußerung einer gemeinschaftlichen Sache. Vgl. den in Nr. 55 der allg. österr. Ger. Ztg., J. 1862 mitgetheilten Rechtsfall.

[2]) S. Nippel, Erläut. Bd. 5, S. 265. — Der §. 645 des II. Thls. des Entwurfes zu unserem a. b. G. B. lautete dießfalls: „Doch haben die Ueberstimmten das Recht, entweder die Aufhebung der Gemeinschaft, oder wenn diese zur Unzeit wäre, Sicherstellung für künftige Schäden zu verlangen."

b) Können sich die Parteien nicht einhellig hierüber vereinigen, so gibt das Gesetz als zweite Entscheidungsart den Ausspruch eines Schiedsmannes an die Hand; dieser scheint jedoch, wie schon die Benennung andeutet, von dem Ausspruche eines Schiedsrichters wohl unterschieden werden zu müssen, und der Ausdruck „Schiedsmann" überhaupt eine unbetheiligte und deßhalb unparteiische Person zu bedeuten, in deren Einsicht und Redlichkeit die Parteien das nöthige Vertrauen setzen. Die Folge davon ist, daß die Vorschriften, welche die Gerichts- oder Proceßordnungen hinsichtlich der Vergleichung auf einen Schiedsrichter enthalten, in dem vorliegenden Falle nicht anwendbar sind, so daß sich die Parteien dem Ausspruche des Schiedsmannes fügen müssen, wenn sie sich auch der Beschwerdeführung an den ordentlichen Richter nicht ausdrücklich begeben hätten [1]).

c) Ist auch in Ansehung der Bestellung eines Schiedsmannes keine Uebereinstimmung zu erzielen, so hat der Richter zu entscheiden, und zwar vorerst, ob die von der Mehrheit beschlossene Veränderung überhaupt statt zu finden oder zu unterbleiben habe, und im ersteren Falle weiter, ob den Ueberstimmten eine Sicherstellung zu leisten sei oder nicht. Nippel (Erläut. Bd. 5, S. 268) meint, daß der Richter in einem solchen Falle an den ordentlichen Gang des Processes nicht gebunden sei, da er auf diesem Wege nur die bestehenden Gesetze auf den seiner Entscheidung unterlegten Fall anzuwenden und auszusprechen habe, was in demselben Rechtens sei, während für die in Frage stehende Entscheidung keine Norm vorhanden sei, sondern vielmehr nach Gründen der Billigkeit ein Ausspruch gefällt werden müßte. Allein mit Recht bemerkt Winiwarter (bürgl. Recht, Bd. 3, S. 463) hiergegen, daß der §. 835 den zu entscheidenden Punkt genau angebe, daß die dafür und dawider sprechenden Gründe aus der Darstellung der Parteien erhellen müssen, und dem Richter eine amtliche Erhebung derselben nirgends aufgetragen sei, und daß in der Erwägung der Statthaftigkeit und Stärke der angeführten Gründe eine Function gelegen sei, welche dem Richter in jedem Falle obliegt, wo die Entscheidung nicht von einer einfachen Subsumtion der Thatsachen unter die gesetzliche Anordnung abhängt.

§. 836.

Ist ein Verwalter der gemeinschaftlichen Sachen zu bestellen; so entscheidet über dessen Auswahl die Mehrheit der Stimmen und in deren Abgang der Richter.

1. Zu den Angelegenheiten der ordentlichen Verwaltung gehört, wie es scheint, auch die Entscheidung der Frage, ob diese Verwaltung von allen Mitgliedern unmittelbar und persönlich ausgeübt, oder ob sie einem oder einigen aus ihnen überlassen, oder endlich einer dritten, fremden Person aufgetragen werden solle, da es häufig ganz unthunlich ist, daß die Verwaltung von allen Theilhabern gemeinschaftlich nur nach Maßgabe ihrer Antheile ausgeübt werde, wie dieß z. B. bei der Einhebung der Zinsungen, der Entrichtung der Steuern und Abgaben eines Hauses u. s. w. der Fall ist. Die gemeinschaftliche Besorgung dieser und ähnlicher Verwaltungszweige würde theils ganz unmöglich, theils mit vielen Unzukömmlichkeiten verbunden sein, und meist eine Quelle fortwährender Uneinigkeit zwischen den Theilhabern werden. Es muß daher der Gesammtheit der Interessenten zustehen, Verfügungen zu treffen, wodurch diese Uebelstände beseitiget werden, und wenn sich die Mitglieder darüber nicht einigen können, so hat die Mehrheit der Stimmen zu entscheiden [2]).

---

[1]) S. Nippel, Erläut. Bd. 5, S. 267.

[2]) Vgl. den in der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1852, Nr. 5 dargestellten Rechtsfall, in welchem der Vormund des minderjährigen Conrad Z., welchem 3/4 des von seinem Vater hinterlassenen Hauses gehörten, gegen die Witwe Aloisia Z., der nur 1/4 des besagten Hauses zugefallen war, begehrte, daß ihm die Administration des ganzen Hauses gegen Rechnungslegung übertragen werde. Das k. k. n. ö. Oberlandesgericht willfahrte diesem Ansinnen aus den oben entwickelten Gründen, und weil das Gesetz nirgends verfügt, daß der zu bestellende Verwalter der gemeinschaftlichen Sache eine dritte, von den Miteigenthümern verschiedene Person sein müsse, daher kein Hinderniß entgegensteht, daß ein Miteigenthümer selbst als Ver-

2. Auch über die Auswahl der Person des zu bestellenden Verwalters, mag derselbe einer der Theilhaber, oder eine fremde Person sein, entscheidet die Mehrheit der Stimmen, die zufolge §. 833 nach Verhältniß der Antheile gezählt wird, und in deren Abgang der Richter.

§. 837.

Der Verwalter des gemeinschaftlichen Gutes wird als ein Machthaber angesehen. Er ist einerseits verbunden, ordentliche Rechnung abzulegen; andererseits aber befugt, alle nützlich gemachten Auslagen in Abrechnung zu bringen. Dieses gilt auch in dem Falle, daß ein Theilgenosse ein gemeinschaftliches Gut ohne Auftrag der übrigen Theilnehmer verwaltet.

1. Der bestellte Verwalter einer gemeinschaftlichen Sache, sei er einer der Theilhaber selbst oder eine fremde Person, ist als ein Machthaber (§. 1002) anzusehen, und zwar sowohl den Theilgenossen, als dritten gegenüber. Er ist also verpflichtet, das ihm übertragene Geschäft emsig und redlich zu besorgen, allen aus demselben entspringenden Nutzen der Gemeinschaft zu überlassen (§. 1009) und so oft es verlangt wird, Rechnung zu legen (§. 1012). Er haftet für allen durch sein Verschulden verursachten Schaden (§§. 1012 und 1294), kann aber anderseits auch den Ersatz des zur Besorgung der Verwaltung nothwendig und nützlich gemachten Aufwandes, selbst bei fehlgeschlagenem Erfolge, verlangen (§. 1014). Einen Lohn ist er nach §§. 1004 und 1013 nur dann anzusprechen berechtigt, wenn er ihn ausdrücklich bedungen hat, oder wenn es sich nach seinem Stande stillschweigend versteht, daß er derlei Geschäfte nur gegen Bezahlung zu besorgen übernehme.

2. Verwaltet ein Theilgenosse das gemeinschaftliche Gut ohne Auftrag der übrigen Theilnehmer, so sollte er eigentlich als ein Geschäftsführer ohne Auftrag (§. 1035) behandelt werden. Das Gesetz bestimmt jedoch, daß er vielmehr wie ein Machthaber angesehen werde, weil eine stillschweigende Einwilligung der übrigen Theilhaber vorausgesetzt werden muß. Eine Ausnahme dürfte nach dem Geiste des Gesetzes nur dann Platz greifen, wenn der Theilnehmer sich gegen den erklärten Willen der übrigen die Verwaltung angemaßt hätte, wo er dann nach §. 1040 zu behandeln käme.

3. Zur Besorgung der im §. 1008 angegebenen Geschäfte muß auch bei der in Frage stehenden Verwaltung eine besondere, auf diese Gattung der Geschäfte oder nach Umständen auf das einzelne Geschäft lautende Vollmacht gefordert werden, und selbst eine allgemeine und unbeschränkte Vollmacht wäre nur dann hinreichend, wenn die Gattung des Geschäftes in derselben ausgedrückt ist.

§. 838.

Wird die Verwaltung Mehreren überlassen; so entscheidet auch unter ihnen die Mehrheit der Stimmen.

Dieselben Gründe, welche die Gesetzgebung bewogen haben, unter den Theilhabern einer gemeinschaftlichen Sache, wenn es sich bloß um die ordentliche Verwaltung handelt, die Mehrheit der Stimmen entscheiden zu lassen, haben auch die vorstehende Anordnung nothwendig gemacht; nur entscheidet hier, auch wenn die Verwaltung mehreren Theilhabern überlassen wurde, nicht das Verhältniß der Antheile (wie im §. 833), sondern nur die Zahl der Personen; denn die Theilhaber erscheinen

---

walter der gemeinschaftlichen Sache bestellt werde. Dieses Erkenntniß wurde von dem k. k. obersten Gerichts- und Cassationshofe mit Urtheil vom 25. Juli 1851, Z. 5754, bestätigt. — Dagegen hatte in einem von Weixelbaum (im Jurist, Bd. 3, S. 314) erzählten Rechtsfalle die erste und zweite Instanz das Begehren zweier Miteigenthümer eines Hauses, denen 2/3 desselben gehörten, um Aufstellung eines Sequesters zurückgewiesen, weil die Verwaltung eines gemeinschaftlichen Hauses, wenn auch mit manchen Unzukömmlichkeiten, doch allerdings von mehreren gemeinschaftlich geführt werden könne, und Mißhelligkeiten unter den Theilnehmern kein Grund seien, mit der Aufstellung eines Verwalters vorzugehen. — Uns scheint aus den im Contexte angeführten Gründen die entgegengesetzte Entscheidung, die auch die Autorität des obersten Gerichtshofes für sich hat, die richtigere zu sein.

nicht als solche, sondern als Machthaber, und die Anordnung des §. lautet ganz allgemein, muß daher auch auf jene Fälle anwendbar sein, wo fremde Personen zur Verwaltung berufen wurden, und daher eine Zählung nach Antheilen gar nicht möglich ist.

§. 839.

[Rechte der Theilhaber in Rücksicht] b) der Nutzungen und Lasten;

Die gemeinschaftlichen Nutzungen und Lasten werden nach Verhältniß der Antheile ausgemessen. Im Zweifel wird jeder Antheil gleich groß angesehen; wer das Gegentheil behauptet, muß es beweisen.

1. Jeder Theilhaber einer gemeinschaftlichen Sache ist vollständiger Eigenthümer seines Antheiles; es ist daher natürlich, daß ihm auch die Nutzungen desselben nach Verhältniß seines Antheiles gebühren (§. 362), sowie daß er die damit verbundenen Lasten (vgl. §. 443) nach eben diesem Verhältnisse zu tragen habe.

2. Ist es nicht bestimmt, wie groß die Antheile der einzelnen Mitglieder seien, so werden sie im Zweifel alle für gleich groß angesehen, weil es sonst an jedem Maßstabe der Beurtheilung fehlte, und weil auch häufig die Entstehung der Gemeinschaft auf eine gleiche Theilung hinweist (§§. 394, 555, 732 u. ff., 1184).

§. 840.

Ordentlicher Weise sind die erzielten Nutzungen in Natur zu theilen. Ist aber diese Vertheilungsart nicht thunlich; so ist Jeder berechtiget, auf die öffentliche Feilbietung zu dringen. Der gelöste Werth wird den Theilhabern verhältnißmäßig entrichtet.

1. Sowie jeder Eigenthümer hat auch der Miteigenthümer Anspruch auf die erzielten Nutzungen, z. B. Obst, Getreide, Heu u. dgl. in Natur.

2. Allerdings können aber Fälle eintreten, wo diese Vertheilungsart nicht thunlich wäre, z. B. bei dem Jungen eines gemeinschaftlichen Thieres; dann müßte die erzielte Nutzung veräußert und der Erlös ebenso (also verhältnißmäßig) getheilt werden, wie die hintangegebene Sache selbst hätte getheilt werden sollen.

3. Die Veräußerung hat in der Regel im Wege der öffentlichen Feilbietung zu geschehen, weil das Gesetz überhaupt diese Art der Verwerthung als die vortheilhafteste ansieht (vgl. §§. 231, 232, 390, 461, 637, 784, 843, 1136).

4. Die Ausübung der mit der gemeinschaftlichen Sache verbundenen Rechte, deren Ausübung sich weder theilen, noch an andere abtreten läßt, wie z. B. des Patronatsrechtes, müßte, wie schon oben (S. 489 d. W.) angedeutet wurde, von den Theilhabern einverständlich oder abwechselnd geschehen.

§. 841.

[Rechte der Theilhaber in Rücksicht] c) der Theilung.

Bei der nach aufgehobener Gemeinschaft vorzunehmenden Theilung der gemeinschaftlichen Sache gilt keine Mehrheit der Stimmen. Die Theilung muß zur Zufriedenheit eines jeden Sachgenossen vorgenommen werden. Können sie nicht einig werden; so entscheidet das Los, oder ein Schiedsmann, oder, wenn sie sich über die Bestimmung der einen oder anderen dieser Entscheidungsarten nicht einhellig vereinigen, der Richter.

§. 842.

Ein Schiedsmann oder der Richter entscheidet auch, ob bei der Theilung liegender Güter oder Gebäude ein Theilgenosse zur Benützung seines Antheiles einer Servitut bedürfe, und unter welcher Bedingung sie ihm zu verwilligen sei.

1. Unter welchen Voraussetzungen die Aufhebung einer Gemeinschaft verlangt werden könne, ist bereits früher erörtert worden; nunmehr kömmt zu untersuchen, in welcher Weise dieselbe durchzuführen sei? — Im allgemeinen kann dieß nur durch Theilung der gemeinschaftlichen Sache geschehen. Wie schon oben be-

merkt wurde, hat jeder Theilhaber einen intellectuellen Antheil an der gemeinschaftlichen Sache, der sich jedoch über alle phisischen Bestandtheile derselben erstreckt. Dieser ideelle Antheil soll nun in einen körperlichen verwandelt werden, welcher dem ausschließenden Verfügungsrechte des einzelnen unterworfen wird, und jenem Anspruche proportionirt sein muß, der ihm bisher an der gemeinschaftlichen Sache gebührte.

2. Demnach hat die Theilung a) nach Verhältniß der Antheile und b) in Natur zu erfolgen, da niemandem wider seinen Willen etwas anderes aufgedrungen werden darf, als er zu fordern hat (§. 1413). In vielen Fällen, z. B. wenn bares Geld, Obligationen, Feldfrüchte, oft selbst Grundstücke u. dgl. zu theilen kommen, wird auch diese Art der Theilung keine Schwierigkeiten darbieten; dagegen dürfte dieß dann der Fall sein, wenn verschiedenartige Gegenstände, z. B. eine Hauseinrichtung, Gemälde, Bücher u. dgl. zu vertheilen kommen. Hier bleibt nichts übrig, als die Vertheilung in der Art vorzunehmen, daß jeder Theilhaber dem Werthe nach so viel erhält, als ihm gebührt.

3. Dabei gilt nun keine Mehrheit der Stimmen, weil die Theilung nicht zur ordentlichen Verwaltung und Benützung der Sache gehört, und dadurch leicht den Rechten der einzelnen (§. 828) zu nahe getreten werden könnte. Deßhalb sagt das Gesetz, „daß die Theilung zur Zufriedenheit eines jeden Sachgenossen vorgenommen werden müsse.“ Können sie sich darüber nicht einigen, so ist zu den auch schon oben angeführten Entscheidungsarten (S. 491 d. W.), nämlich zum Lose oder zur Bestellung eines Schiedsmannes Zuflucht zu nehmen. Wird auch über die Bestimmung der einen oder andern dieser Entscheidungsarten keine Vereinigung erzielt, so hat der Ausspruch des Richters einzutreten, welcher dabei mit gewissenhafter Unparteilichkeit nach den Vorschriften der Gerichtsordnung vorzugehen berufen ist, da es sich um eine streitige Rechtssache handelt, die, selbst wenn es sich um die Theilung einer Verlassenschaft handelt, nicht im Wege des Verfahrens außer Streitsachen durchgeführt werden kann [1]).

4. Bei der Theilung von liegenden Gründen und Gebäuden kann es leicht geschehen, daß ein oder der andere Theilgenosse zur Benützung seines Antheiles einer Servitut bedürfe, z. B. des Fußsteigrechtes, um zu den ihm zugetheilten Grundstücken zu gelangen, oder des Wasserschöpfrechtes aus einem früher gemeinschaftlichen Brunnen u. dgl. Der Schiedsmann oder der Richter hat sohin auch zu entscheiden, ob und unter welchen Bedingungen, z. B. gegen Entrichtung eines jährlichen Zinses u. s. w., derlei Dienstbarkeiten zu verwilligen seien; und es ist deßhalb auch im §. 480 der bei der Theilung gemeinschaftlicher Grundstücke erfolgte Richterspruch unter den Titeln zur Erwerbung einer Servitut aufgeführt.

5. Bei der Theilung einer gemeinschaftlichen Sache erwirbt jeder Theilhaber das Alleineigenthum der ihm zugewiesenen Gegenstände auf Grundlage eines entgeltlichen Titels (vgl. §. 1414), gleichsam durch eine Art von Tausch [2]), da er seinen intellectuellen Antheil an der gemeinschaftlichen Sache dafür aufgibt; es gebührt ihm deßhalb auch der Anspruch auf Gewährleistung (§§. 922 und 923).

6. Die Aufhebung kann eine gänzliche oder theilweise sein, und zwar letzteres, wenn nur einer oder der andere Theilhaber aus der Gemeinschaft ausscheiden will. Auch in diesem Falle kann er auf die Zuweisung seines Antheiles in

---

[1]) S. §. 2 des Pat. v. 9. August 1854, Nr. 208 des R. G. Bl., und den in Nr. 49 der allg. österr. Ger. Ztg., J. 1856 mitgetheilten Rechtsfall, sowie die in demselben erflossene Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 26. Februar 1856, Z. 1050.

[2]) Die Ansicht, daß die Theilung einer gemeinschaftlichen Sache eine Veräußerung sei, indem jeder Theilhaber anstatt eines ideellen Theiles der gemeinschaftlichen Sache eine bestimmte Sache enthält, vertheidiget auch Arndts in der allg. österr. Ger. Ztg. J. 1858, Nr. 147 gegen die Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 3. Februar 1858, Z. 944, in einem in Nr. 136 der allg. österr. Ger. Ztg. J. 1858 mitgetheilten Rechtsfalle.

Natur Anspruch machen, und es kann ihm nicht zugemuthet werden, sich durch Veräußerung seines intellectuellen Antheiles (§. 829) befriedigen zu lassen.

Ueber das Verfahren bei Zertheilung einer grundbücherlichen Liegenschaft ordnet das Gesetz v. 6. Februar 1869, Nr. 18 des R. G. Bl., folgendes an:

§. 1. Zur Trennung eines Theiles von einem, in den öffentlichen Büchern eingetragenen Gute ist die vorgängige Verständigung und Einwilligung derjenigen Personen, für welche dingliche Rechte auf dem Gute eingetragen sind, in dem Falle nicht erforderlich, als für den getrennten Theil eine neue bücherliche Einlage eröffnet wird und daselbst alle auf dem Gute eingetragenen Rechte, und zwar die Pfandrechte in der Eigenschaft von Simultanhypotheken, eingetragen werden. — Diese Eintragungen erfolgen gebührenfrei. — Von der vollzogenen Trennung und Eröffnung der neuen Einlage sind alle Betheiligten zu verständigen.

§. 2. Außer dem Falle des §. 1 ist die Trennung eines Theiles von einem in den öffentlichen Büchern eingetragenen Gute ohne Nachweis der ausdrücklichen Einwilligung der im §. 1 bezeichneten Personen nur auf Grund eines im Sinne der folgenden §§. durchgeführten Aufforderungsverfahrens zuläßig.

§. 3. Zur Einleitung dieses Verfahrens hat der Besitzer des Gutes, welcher von demselben einen Theil trennen will, denjenigen Personen, für welche dingliche Rechte auf dem Gute eingetragen sind, seinen Willen durch die Tabularbehörde mit der Aufforderung bekannt machen zu lassen, allfälligen Einspruch gegen die Trennung so gewiß vor Ablauf einer den Umständen gemäß zu bestimmenden Frist bei dieser Behörde anzuzeigen, widrigens angenommen würde, daß der Aufgeforderte in die Trennung willige und sein Recht in Ansehung des Trennstückes mit dem Zeitpunkte aufgebe, in welchem die bücherliche Abschreibung erfolgt sein wird. — Die Frist zur Anzeige des Einspruches darf in keinem Falle auf weniger als dreißig Tage von der Behörde bestimmt werden. — Das Trennungsgesuch ist bei dem Gute, von welchem die Abtrennung geschehen soll, in dem öffentlichen Buche anzumerken. Diese Anmerkung hat die Wirkung, daß die späteren Eintragungen eines dinglichen Rechtes die Abtrennung nicht verhindern können.

§. 4. In dem Gesuche, über welches die Aufforderung ergeht, muß das Trennstück genau, nöthigenfalls durch Pläne oder Mappen, bezeichnet sein. — Die Zustellung des Gesuches hat an jeden Aufgeforderten nach den für die Zustellung von Klagen bestehenden Gesetzen zu geschehen.

§. 5. Die Frist zum Einspruche beginnt mit dem Tage nach der Zustellung der Aufforderung, läuft ohne Unterbrechung und ohne Abrechnung der Tage des Postenlaufes und kann nicht erstreckt werden. — Wiedereinsetzung in den vorigen Stand findet gegen die Versäumung dieser Frist nicht statt.

§. 6. Der Aufgeforderte hat seinen Einspruch bei der Tabularbehörde, und zwar schriftlich oder mündlich einzubringen; der Angabe von Gründen des Einspruches bedarf es nicht. — Der Einspruch ist von Amtswegen demjenigen bekannt zu machen, welcher die Aufforderung erwirkt hat. — Wurde Einspruch innerhalb der dazu bestimmten Frist nicht erhoben, so ist eine Bestätigung dieses Umstandes unter Angabe derjenigen Aufgeforderten, welche Einspruch nicht erhoben haben, von der Tabularbehörde auf Verlangen auszufertigen. — Diese Bestätigung unterliegt als amtliches Zeugniß der in der Tarifspost 116 A, aa, des Gesetzes vom 13. December 1862 vorgeschriebenen Gebühr.

§. 7. Ein rechtzeitig erhobener Einspruch hemmt die beabsichtigte Trennung. — Durch Zahlung der Schuld (§. 8) oder durch ein gerichtliches Erkenntniß, welches den Einspruch für unwirksam erklärt (§§. 9—12), kann die Hemmung behoben werden.

§. 8. Gläubiger, welche Einspruch erhoben haben, müssen, wenn ihre Forderung mit einem, dem Betrage nach bestimmten Capitale eingetragen ist, die Zahlung selbst dann annehmen, wenn die Zeit der Fälligkeit ihrer Forderung noch nicht eingetreten ist; doch bleibt ihnen das persönliche Recht auf Genugthuung wegen des durch vorzeitig erfolgte Zahlung etwa erlittenen Nachtheiles vorbehalten.

§. 9. Ist der Einspruch eines Gläubigers gegen die Vornahme eines Tausches von Grundstücken gerichtet, welche der landwirthschaftlichen Cultur gewidmet sind, so kann der Einspruch durch Erkenntniß der Tabularbehörde für unwirksam erklärt werden, wenn der Tausch geeignet ist, entweder eine Arrondirung oder eine bessere Bewirthschaftung der Besitzthümer der Tauschenden zu bewirken, und wenn in beiden Fällen durch den Tausch die Sicherheit der Forderung, wegen welcher Einspruch erhoben wurde, nach den Bestimmungen des §. 1374 a. b. G. B. nicht gefährdet erscheint. — Ohne Einfluß auf die Zuständigkeit der Tabularbehörde zu diesem Erkenntnisse ist es, ob die Forderung unter der Obsorge einer öffentlichen Behörde (Lehen-, Fideicommiß-, Substitutions-, Fonds-, Stiftungs-, Vormundschafts-, Curatels- oder sonstiger Pflegschaftsbehörde) steht und ob die Forderung zu einem gewissen Zwecke, z. B. Caution, gewidmet ist.

§. 10. In dem Gesuche um das im §. 9 bezeichnete Erkenntniß kann der Nachweis, daß durch den Grundtausch eine Arrondirung bewirkt werde, entweder durch die Katastral-

mappe oder in deren Ermanglung durch ein amtliches Zeugniß des Gemeindevorstandes jener Gemeinde, in deren Gemarkung die Grundstücke gelegen sind, oder auf andere glaubwürdige Art geführt werden. Wege oder Bäche heben den Zusammenhang von Grundstücken nicht auf. — Der Nachweis der Thatsache, daß ein Tausch von Grundstücken geeignet ist, eine bessere Bewirthschaftung zu bewirken, ist durch Beibringung einer Entscheidung derjenigen Organe zu führen, welche zur Beurtheilung und Entscheidung über diese Thatsache durch Landesgesetze berufen werden [1]).

§. 11. Ueber das Gesuch (§. 10) hat die Tabularbehörde diejenigen, welche Einspruch erhoben haben, zu einer Tagfahrt mit der Warnung vorzuladen, daß auch im Falle ihres Ausbleibens mit dem Erkenntniß über das Gesuch vorgegangen werden würde. — Die Zustellung des Gesuches hat an jeden der Vorgeladenen nach den für die Zustellung von Klagen bestehenden Gesetzen zu geschehen. Den Vorgeladenen bleibt unbenommen, ihre Aeußerungen schriftlich zur Tagfahrt einzusenden.

§. 12. Die Tabularbehörde hat über das Gesuch nach Ablauf der Tagfahrt durch Bescheid zu erkennen und hierbei das Vorhandensein der im §. 9 bezeichneten Erfordernisse, soweit deren Prüfung nicht anderen Organen zugewiesen ist (§. 10, Abs. 2), von Amtswegen zu prüfen und zu diesem Ende nöthigenfalls Erhebungen und Schätzungen zu veranlassen. — Dieses Erkenntniß unterliegt derselben Gebühr, wie Erkenntnisse über Aufforderungsklagen (Tarifspost 103, A, a, des Gesetzes vom 13. December 1862).

§. 13. Die Abschreibung eines Stückes von einer bücherlichen Einlage und dessen Zuschreibung zu einer anderen oder die Eröffnung einer neuen Einlage für dasselbe ist mit einem einzigen Gesuche anzusuchen. — Sind die Verfügungen darüber in den Büchern zweier Tabularbehörden zu vollziehen, so ist das Gesuch bei derjenigen zu überreichen, bei welcher die Abschreibung erfolgen soll. Hat diese keinen Anstand gegen die Bewilligung, so hat sie die Abschreibung im Buche anzumerken und das Gesuch wegen Bewilligung und Vornahme der Zuschreibung oder Eröffnung einer neuen Einlage an die zweite Tabularbehörde mit dem Bemerken zu senden, daß gegen die Abschreibung kein Anstand obwalte. — Die Anmerkung der Abschreibung hat die Wirkung, daß jede später auf das Gut erlangte Eintragung Wirksamkeit in Ansehung des Trennstückes nur für den Fall erlangt, als der Eintragung desselben in eine andere Einlage nicht stattgegeben wird.

§. 14. Die zweite Tabularbehörde hat, wenn auch sie keinen Anstand findet, die Zuschreibung oder die Eröffnung der neuen Einlage vorzunehmen und hiervon die erste Tabularbehörde in Kenntniß zu setzen, welche sofort die angemerkte Abschreibung unter Angabe des Buches und der Einlage, in welcher der abgeschriebene Bestandtheil eingetragen worden ist, zu vollziehen und die Betheiligten hiervon zu verständigen hat. — Wird dagegen der Zuschreibung oder der Eröffnung einer neuen Einlage nicht stattgegeben, so ist die erste Grundbuchsbehörde unter Angabe der Abweisungsgründe in Kenntniß zu setzen. Diese hat hiervon den Bittsteller unter Mittheilung der Abweisungsgründe mit dem Bemerken zu verständigen, daß die Anmerkung der Abschreibung nach eingetretener Rechtskraft des abweislichen Bescheides gelöscht werden wird. — Wird die Ab- und Zuschreibung vorgenommen, so ist das Gesuch mit den Beilagen bei derjenigen Tabularbehörde aufzubewahren, bei welcher die Zuschreibung oder die Eröffnung der neuen Einlage erfolgt ist. — In ähnlicher Weise ist auch bei der Ab- und Zuschreibung von Parcellen im Wege des Tausches vorzugehen. Den Betheiligten steht dabei die Wahl frei, bei welcher der beiden Tabularbehörden sie das Gesuch überreichen wollen.

§. 15. Mit dem Vollzuge der Abschreibung erlischt außer dem Falle des §. 1 in Ansehung des abgeschriebenen Stückes die Wirksamkeit aller an dem Gute bestehenden Eintragungen. — Durch die Zuschreibung erlangen alle an dem Gute, bei welchem dieselbe erfolgt, bestehenden Eintragungen volle Wirksamkeit auch in Ansehung des zugeschriebenen Stückes.

§. 16. Die Bestimmungen in Betreff der Nothwendigkeit einer politischen Bewilligung zur Grundtrennung und zum Tausche von Grundstücken, insbesondere mit Rücksicht darauf, ob sie als dominical (land- oder lehentäflich) oder als rustical (stadt- oder grundbücherlich) erscheinen, bleiben dort, wo solche noch bestehen, durch dieses Gesetz unberührt.

---

[1]) Die Berufung der zur Entscheidung über die Zweckmäßigkeit eines Tausches bestimmten Organe (als welche die politischen Bezirksbehörden, in deren Bezirk die Grundstücke, oder wenn diese in verschiedenen Bezirken vertheilt sind, der Wirthschaftshof oder, in Ermanglung eines solchen, der Hauptbestandtheil des Besitzthums sich befinden, und in jenen Ländern, wo Bezirksvertretungen bestehen, diese bezeichnet werden) erfolgte für Böhmen durch Ges. v. 5. April 1870, Nr. 33 L. G. Bl.; für Bukowina durch Ges. vom 5. April 1870, Nr. 19 L. G. Bl.; für Galizien durch Ges. v. 5. April 1870, Nr. 36 L. G. Bl.; für Görz und Gradisca durch Ges. v. 5. April 1870, Nr. 24 L. G. Bl.; für Istrien durch Ges. vom 5. April 1870, Nr. 25 L. G. Bl.; für Kärnthen durch Ges. v. 5. April 1870, Nr. 23 L. G. Bl.; für Krain durch Ges. v. 15. Mai 1872, Nr. 17 L. G. Bl.; für Mähren durch Ges. v. 5. April 1870, Nr. 27 L. G. Bl.; für Niederösterreich durch Ges. v. 5. April 1870, Nr. 32 L. G. Bl.; für Oberösterreich durch Ges. v. 5. April 1870, Nr. 17 L. G. Bl.; für Salzburg durch Ges. vom 5. April 1870, Nr. 20 L. G. Bl.; für Schlesien durch Ges. v. 5. April 1870, Nr. 22 L. G. Bl.; für Steiermark durch Ges. v. 23. März 1873, Nr. 22 L. G. Bl.; und für Triest durch Ges. v. 9. April 1873, Nr. 20 L. G. Bl.

Der zur Durchführung dieses Gesetzes erflossene Justiz-Ministerial-Erlaß v. 16. April 1871, Z. 3003, sowie einige darauf bezügliche Entscheidungen des obersten Gerichtshofes betreffen zunächst nur das Verfahren der Grundbuchsgerichte und sind im 18. Bande der im Verlage dieses Werkes erscheinenden Taschenausgabe der österreichischen Gesetze enthalten.

§. 843.

Kann eine gemeinschaftliche Sache entweder gar nicht, oder nicht ohne beträchtliche Verminderung des Werthes getheilt werden; so ist sie, und zwar wenn auch nur Ein Theilgenosse es verlangt, vermittelst gerichtlicher Feilbietung zu verkaufen, und der Kaufschilling unter die Theilhaber zu vertheilen.

1. Eine Ausnahme von dem Grundsatze, daß jeder Theilhaber bei Aufhebung der Gemeinschaft die Theilung in Natur verlangen könne, tritt dann ein, wenn die gemeinschaftliche Sache physisch oder im rechtlichen Sinne untheilbar ist; mithin:

a) wenn die einzelnen Theile ohne Veränderung ihres Wesens nicht getrennt, und als selbständige Sachen behandelt werden können, z. B. ein Gemälde, ein lebendes Thier u. dgl.;

b) wenn die Theilung ohne beträchtliche Verminderung des Werthes nicht möglich wäre, z. B. bei einer Sammlung von Münzen u. dgl., welche eben nur durch ihre Vollständigkeit einen besonderen Werth erhält[1]);

c) wenn das Gesetz aus höheren politischen Rücksichten die Theilung untersagt oder nur unter gewissen Vorsichten gestattet.

Solche Beschränkungen bestanden früher besonders rücksichtlich der landtäflichen und der Bauern-Güter; alle diese Beschränkungen sind aber seither durch die schon im I. Bande, S. 441 dieses Werkes angeführten Gesetze aufgehoben worden.

Gegenwärtig bestehen noch folgende Theilungsverbote:

α) Nach dem §. 21 des Forstgesetzes vom 3. December 1852, Nr. 250 des R. G. Bl., dürfen Gemeindewälder in der Regel gar nicht vertheilt werden. Sollte in besonderen Fällen deren Auftheilung dringendes Bedürfniß sein, oder Vortheile darbieten, die mit der allgemeinen Vorsorge für die Walderhaltung nicht im Widerspruche stehen, so kann in jedem derlei Falle die Bewilligung hierzu durch die Landesstelle ertheilt werden. Rücksichtlich der übrigen Waldtheilungen entscheiden die allgemeinen Gesetze über die Zerstückung und Zusammenlegung der Gründe.

β) In einigen Gegenden hatte sich der abenteuerliche Gebrauch eingeschlichen, Häuser nach einzelnen materiellen Theilen abzusondern, also z. B. dem einen das Erdgeschoß, dem andern das erste oder zweite Stockwerk als Allein-Eigenthum zuzuweisen. Dieser Unfug wurde für die Zukunft abgestellt, und demnach die Bestimmung getroffen, daß die Theilung des Eigenthums der in der Stadt Salzburg gelegenen Häuser nach einzelnen materiellen Bestandtheilen, insbesondere sogenannten Hausböden, und in Hallein nach sogenannten Herbergen, in Böhmen nach einzelnen materiellen Bestandtheilen, für die Zukunft untersagt sei. In Fällen künftiger Besitzvereinigung gegenwärtig schon getrennter Bestandtheile eines und desselben Hauses darf eine abermalige Trennung oder eine abgesonderte Belastung derselben nicht mehr vorgenommen werden. Die vereinigten Bestandtheile können nicht mehr einzeln in die Execution gezogen werden, und im Falle der Executionsführung auf vereinigte Bestandtheile ist dann, wenn auf einem derselben schon vor der Vereinigung bücherliche Lasten hafteten, jeder Bestandtheil besonders zu schätzen, hiernach der gemeinschaftliche Ausrufspreis zu bilden, und der Erlös nach dem Verhältnisse des besonderen Schätzungswerthes eines jeden Bestandtheiles unter die darauf versicherten Gläubiger zu vertheilen. Das Verfügungsrecht der Besitzer einzelner, gegenwärtig schon getrennter Haustheile sollte durch diese Bestimmungen nicht geändert werden, nur bleibt für dieselben das Verbot der weiteren Zerstückung eines Haupt-

---

[1]) S. die Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 2. November 1858, Z. 10931, in Glaser's und Unger's Sammlg. Nr. 649.

antheiles in kleinere Bestandtheile in voller Kraft (Min. Vdg. vom 8. Febr. 1853, Nr. 25 des R. G. Bl., für Salzburg, v. 25. Jänner 1855, Nr. 18 ebd., für Hallein [1]), und v. 27. December 1856, Nr. 1 des R. G. Bl. v. J. 1857, für Böhmen).

2. Sobald nun eine gemeinschaftliche Sache als phisisch oder rechtlich untheilbar erscheint, verfügt unser Gesetz, daß sie auf Anlangen eines jeden Theilgenossen vermittelst gerichtlicher Feilbietung verkauft, und der Kaufschilling unter die Theilhaber so getheilt werde, wie die Sache selbst hätte getheilt werden müssen, wenn eine Theilung derselben zulässig gewesen wäre; und es geht nicht an, diese Verfügung dahin auszulegen, daß jeder Theilhaber nur die Veräußerung seines Antheiles (nicht der ganzen gemeinschaftlichen Sache) verlangen dürfe, weil er sonst gegen die Vorschrift des §. 828 über die Antheile der andern verfügte [2]); denn das Gesetz unterscheidet ausdrücklich zwischen dem Eigenthume der einzelnen Antheile und dem Rechte der Veräußerung derselben (§. 829) und zwischen dem Befugnisse, die Aufhebung der Gemeinschaft zu begehren (§. 830). Der §. 828 untersagt nur dem einzelnen Theilhaber, Veränderungen in der gemeinschaftlichen Sache vorzunehmen, wodurch über die Antheile der übrigen verfügt würde, spricht also von einem ganz andern Falle [3]). Im Gegentheile würde bei der von uns bestrittenen Auslegung der einzelne Theilhaber beeinträchtiget werden, da er durch die Veräußerung seines Antheiles wohl niemals so viel erlangen könnte, als bei einer Feilbietung der Sache im Ganzen von dem erzielten Kaufschillinge auf ihn entfallen würde, weil niemand gerne in eine Gemeinschaft eintritt, und sich allen jenen Unannehmlichkeiten aussetzt, die mit einer solchen verbunden sind [4]). Diese Auslegung steht auch mit der Anordnung des §. 829 keineswegs im

---

[1]) In anderen Kronländern, wo derlei Theilungen nicht herkömmlich waren, kann umsoweniger auf dieselben eingegangen werden. In diesem Sinne erfloß die Entscheidung des k. k. obersten Gerichtshofes v. 26. August 1853, Z. 8372 (allg. österr. Ger. Ztg. 1854, Nr. 8 u. 9). Johann R. hatte am 26. März 1832 von Mathias R. die untere Hälfte des demselben gehörigen Hauses Nr. 5 zu Zell, bestehend in einem Kuhstalle, einer Futterkammer und einer Kalkgrube erkauft, und bis zu seinem Tode benützt, ohne daß jedoch die Theilung des Eigenthums des Hauses Nr. 5 im Grundbuche ersichtlich gemacht worden wäre. In seinem Testamente hinterließ er sein Haus Nr. 6 in Zell und sein „Anwesen Nr. 5" ebendaselbst seinem Sohne Florian R., welcher die von seinem Vater ausgeübte Benützung fortsetzte. Am 11. October 1844 erkauften Anton und Maria S. mittelst eines schriftlichen Kaufvertrages das Haus Nr. 5, und zwar ausdrücklich „mit den in dem Vertrage vom 26. März 1832 enthaltenen Rechten und Beschränkungen". Sie duldeten anfangs die Mitbenützung dieses Hauses von Seite des Florian R., im Jahre 1847 aber verdrängten sie ihn aus seinem Besitze, indem sie Eigenthümer des ganzen Hauses Nr. 5 zu sein behaupteten, zumal im Grundbuche keine Beschränkung oder Theilung desselben ersichtlich sei. Florian R. klagte nun auf Anerkennung seines Eigenthumsrechtes auf die untere Hälfte des Hauses Nr. 5 in Zell, wurde jedoch in erster und dritter Instanz abgewiesen, da durch die politischen Gesetze die Trennung und Zerstückung bei allen Rusticalrealitäten ohne Bewilligung der politischen Behörde gänzlich unzulässig ist. Vgl. auch die Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 4. December 1861, Z. 8048, in Nr. 4 der Ger. Halle v. J. 1862, worin es heißt, daß nach den im §. 297 des a. b. G. B. ausgesprochenen Grundsätzen über den Umfang des Eigenthums und Besitzes eines unbeweglichen Gutes und über das Zusammengehören des Grundes und Bodens und der darauf errichteten Gebäude, sammt dem in senkrechter Linie darüber befindlichen Luftraum die in einem Decret vom 10. März 1838, Z. 560, ausgesprochene Zulässigkeit der Zerstückelung nichtbäuerlicher Realitäten nicht dahin ausgedehnt werden könne, daß es auch gestattet sein sollte, eine unbewegliche Sache so zu theilen, daß in senkrechter Linie über Grund und Boden sich verschiedene Eigenthümer befinden, oder daß ein zur Bildung eines selbständigen Gebäudes nicht geeigneter Theil von einem Hause ausgeschieden werde.

[2]) S. Winiwarter, bürgl. Recht Bd. 3, S. 469. Eine Ausnahme soll nach der Meinung des Verfassers nur dann Platz greifen, wenn der gemeinschaftliche Besitz gar nicht gestattet ist, wie bei Bauerngütern, oder wenn die Sache eine gemeinschaftliche Benützung nicht wohl zuläßt, wie z. B. ein Schmuck, oder wenn die übrigen Theilhaber einen neuen Theilgenossen sich nicht wollen gefallen lassen.

[3]) S. Dr. v. Wildner: Ueber das Recht, auf den gerichtlichen Verkauf einer gemeinschaftlichen Sache zu dringen (Jurist, Bd. 13, S. 396).

[4]) Vgl. den in Nr. 66 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1852 dargestellten Rechtsfall, in welchem über das Begehren zweier Miteigenthümer die gerichtliche Feilbietung der gemeinschaftlichen Realität (einer Fabrik sammt dem dazu eingerichteten Gebäude) von dem Wiener Handelsgerichte bewilligt, und diese Entscheidung von dem obersten Gerichtshofe unterm 25. April 1851, Z. 3256, bestätigt wurde. — S. ferner die Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 26. Mai 1857, Z. 3898, in Nr. 99 der allg. österr. Ger. Ztg. J. 1857. Unter dem im §. 829 des b. G. B. bezeichneten Antheile — heißt es in den Motiven — mit welchem jeder Theilhaber, soweit er die Rechte seiner Mitgenossen nicht verletzt, willkürlich und unabhängig verfügen darf, kann eben nur der intellectuelle oder ideelle Antheil verstanden werden, und diesen kann dessen Eigenthümer allerdings verpfänden, verkaufen oder sonst veräußern. Dadurch geht aber nur in den Personen der Theilhaber, nicht in der Sache selbst eine Veränderung vor sich. Die Sache bleibt noch immer eine mehreren Theilhabern gemeinschaftlich gehörige, ausgenommen den Fall, wo sich alle intellectuellen Antheile in Einer Person vereinigen. Den Theilhabern bleibt es unbenommen, bei der Feilbietung die gemeinschaftliche Sache meistbietend an sich zu bringen, wogegen derjenige Theilgenosse, der den Verkauf der ganzen Sache nach §. 843 begehrt, nicht verhalten werden kann, seinen intellectuellen Antheil mit Verzicht auf die gerichtliche Feilbietung weiter zu veräußern, und auf diese Art aus der Gemeinschaft zu treten. — Auch eine Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 30. December 1853, Z. 13331 (in Nr. 28 der allg. österr. Ger. Ztg. J. 1854), hat sich in ähnlicher Weise ausgesprochen. — Dr. Finger schließt sich in dem Aufsatze: Ueber das Wesen der bei einem bücherlich getheilten Hause bestehenden Gemeinschaft einzelner

Widerspruche. Letzterer enthält bloß Bestimmungen über die intellectuelle Theilbarkeit einer gemeinschaftlichen Sache. In demselben ist nicht, wie im §. 843, von einer phisischen Theilbarkeit die Rede. Jeder Theilhaber kann, insofern es sich nur um intellectuelle Theile handelt, beliebig mit seinem Antheile verfügen, also auch denselben veräußern. Dadurch geht wohl eine Veränderung in der Person des Mitgenossen (also subjectiv), nicht aber in den materiellen Bestandtheilen der gemeinschaftlichen Sache (objectiv) vor sich, daher von einem Widerspruche zwischen den §§. 843 und 829 keine Rede sein kann. Jeder Theilhaber hat die volle Freiheit, mit seinem intellectuellen Antheile an der gemeinschaftlichen Sache, so weit er die Rechte der übrigen Theilhaber nicht verletzt, nach Belieben zu verfügen, aber auch die Theilung der Sache, und wenn die Voraussetzungen des §. 843 eintreten, die gerichtliche Feilbietung derselben zu verlangen, und es werden durch das eine oder durch das andere die Rechte der übrigen weder verletzt, noch der Realcredit geschwächt; nicht bei Beobachtung des §. 829, weil mit der Substanz gar keine Veränderung vorgenommen wird, und bei der Veräußerung eines bloß ideellen Antheiles nur der neue Theilhaber an die Stelle des früheren tritt, und weil nur der Antheil des betreffenden neuen Theilhabers mit Schulden oder sonst belastet werden kann; — nicht bei Beobachtung des §. 843, durch die gerichtliche Feilbietung der ganzen gemeinschaftlichen Sache, weil dieß auf den Realcredit gar keine nachtheilige Wirkung äußert, die Grundbuchslasten unverändert bleiben, und weil hier (wie im Falle des §. 829) den Theilhabern freisteht, mit zu licitiren und so den größtmöglichen Kaufschilling zu erzielen [1]).

3. Das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, muß wie jedes andere, wenn eine Vereinigung der Theilhaber nicht zu erwirken ist, mit einer Klage im ordentlichen Rechtswege durchgeführt werden [2]). Der Vollzug der Feilbietung eines gemeinschaftlichen Vermögens nach aufgehobener Gemeinschaft gehört dann, wenn die Parteien selbst nicht einig sind, zur Execution des Urtheiles [3]).

Rechte (Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1846, I., S. 298 und 411), in Consequenz mit seiner bereits oben (S. 484 d. W.) entwickelten Ansicht, der Meinung Winiwarter's an (s. insbesondere S. 427 a. a. O.), „weil der Gesammtveräußerung der gemeinschaftlichen Sache selbst das strenge Recht der einzelnen Tabularbesitzer entgegenstehe;" — allein wir haben schon oben (S. 484 d. W.) versucht, das irrige dieser Ansicht darzuthun.

[1]) S. den von Hofrath Kitka in Nr. 126 und 127 der allg. österr. Ger. Ztg. J. 1857 mitgetheilten Rechtsfall. Der Verfasser fügt zur Begründung seiner Ansicht noch bei: „Wir bezeichnen die Anordnungen der §§. 829 und 843 des b. G. B. als hohe Weisheit des erfahrenen Gesetzgebers; denn die Erfahrung, dieser unverkennbare Schatz von allem Wissen und Kennen, belehrt uns, wie lästig uns schon ein unangenehmer Nachbar wird (weßhalb es auch Fälle gibt, wo der Hauseigenthümer sein Haus wegen der Unverträglichkeit seines Nachbarn lieber veräußert). Wie denn erst, wenn mehrere dasselbe Haus gemeinschaftlich besitzen, wo es oft unvermeidlich, bald wegen der Besitznahme der Wohnungen des gemeinschaftlichen Hauses (indem z. B. mehrere Theilhaber die Wohnung im ersten Stockwerke in Miethe nehmen wollen), bald wegen Festsetzung der Miethzinse, bald wieder wegen Verwaltung des Hauses, bald wegen dessen Ausbesserungen oder Baulichkeiten, bald wegen Rechnungslegung u. s. w. zu Zank und Hader, zu Processen, ja sogar zu Raufereien und körperlichen Beschädigungen kommt. Derlei Unzukömmlichkeiten will nun der Gesetzgeber vorbeugen, und daher die Aufhebung der Gemeinschaft innerhalb der Gränzen der Gerechtigkeit möglichst erleichtern, und daß mit der Vorschrift des §. 829 allein nicht geholfen wäre, leuchtet wohl ein; denn kann der eine Theilnehmer die Ränke, Neckereien, Unarten und Grobheiten der übrigen Theilhaber nicht mehr ertragen, und hat dieß der Kauflustige (der sich vorsichtsweise früher über den Charakter seiner zukünftigen Nachbarn oder Mitgenossen zu erkundigen nicht unterlassen wird, um nicht blindlings in die Hölle zu fahren) vernommen, so wird er für den intellectuellen Antheil entweder äußerst wenig bieten, oder er kauft diesen Antheil lieber gar nicht, um allen Verdrießlichkeiten zu entgehen, und so könnte der gebrandmarkte Theilhaber seinen intellectuellen Antheil nur zu seinem größten Nachtheile veräußern, oder wohl gar verschenken. Es kann also in derlei Fällen allen solchen Unzukömmlichkeiten nur nach §. 843 durch die öffentliche Feilbietung der ganzen gemeinschaftlichen Sache vorgebeugt werden, was eben der Gesetzgeber durch die Bestimmung des §. 843 zu erzielen beabsichtigt hat."

[2]) Sehr ausführlich verbreitet sich hierüber, so wie über mehrere andere Fragen bezüglich der Aufhebung einer Gemeinschaft C. Ritter v. Limbeck in seinem interessanten Aufsatze: Bemerkung über die Aufhebung der Gemeinschaft des Eigenthums und anderer dinglichen Rechte, in Haimerl's Magazin Bd. 10, S. 323. — Vgl. dagegen die „Bemerkungen über die Aufhebung der Gemeinschaft des Eigenthumes und anderer dinglichen Rechte (actio communi dividundo)" von S. A. (ebd. Bd. 12, S. 188), und den Civilrechtsfall in Nr. 67 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1863.

[3]) S. die Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 14. Jänner 1863, Z. 64, in Nr. 76 der allg. österr. Ger. Ztg. v. J. 1863. — Eine ausführliche Darstellung der Art und Weise, wie die executive Vollziehung eines im Sinne des §. 843 des a. b. G. B. erflossenen Erkenntnisses zu geschehen habe, enthält der Aufsatz in Nr. 7 der Gerichts-Halle v. J. 1859.

§. 844.

Servituten, Grenzzeichen und die zum gemeinschaftlichen Gebrauche nöthigen Urkunden sind keiner Theilung fähig. Die Grunddienstbarkeiten kommen allen Theilhabern zu Statten. Die Urkunden werden, wenn sonst nichts im Wege steht, bei dem ältesten Theilnehmer niedergelegt. Die übrigen erhalten auf ihre Kosten beglaubigte Abschriften.

1. Es gibt gewisse Gegenstände, welche weder einer Theilung noch einer Veräußerung fähig sind, bei denen daher auch die Vorschrift des §. 843 nicht zur Anwendung kommen kann. Hier müssen dann andere Auskunftsmittel ergriffen werden.

2. Schon der §. 485 verfügt, daß sich keine Servitut eigenmächtig von der dienstbaren Sache absondern, noch auf eine andere Sache oder Person übertragen läßt, und daß das auf einem Grundstücke haftende Recht durch Zerstückung desselben nicht getheilt werden könne; im Falle einer solchen Zerstückung des herrschenden Gutes wird also die damit verbundene Grunddienstbarkeit von jedem Theilhaber, oder eigentlich von jedem Eigenthümer der getrennten Antheile ausgeübt werden können, wofern dadurch keine größere Belästigung des dienstbaren Gutes entsteht, wie z. B. bei dem Rechte des Fußsteiges. — Wäre dieß dagegen der Fall, wie z. B. bei dem Weiderechte, so dürfte wohl nach §. 892 die Prävention entscheiden, und sohin nach §. 895 beurtheilt werden, welches Rechtsverhältniß zwischen den einzelnen Theilhabern obwalte (vgl. oben S. 93 d. W.).

3. Gränzzeichen sind ebenfalls kein Gegenstand einer Theilung, und ebensowenig einer Veräußerung, da sie nur an Ort und Stelle einen Nutzen gewähren; sie bleiben daher den Gränznachbarn gemeinschaftlich.

4. Urkunden, welche zum gemeinschaftlichen Gebrauche aller Theilhaber dienen, wie z. B. Kauf- und Satzbriefe über die Gesammtsache, Adelsdiplome und dergleichen müssen bei dem ältesten Theilnehmer niedergelegt werden, wenn kein besonderes Bedenken, z. B. Geistesschwäche desselben u. s. w. entgegensteht. Im letzteren Falle hätte, wenn unter den Parteien kein anderweitiges Uebereinkommen erzielt werden könnte, der Richter über die Art ihrer Aufbewahrung zu entscheiden. Jederzeit erhalten die übrigen Theilnehmer auf ihre Kosten beglaubigte Abschriften. Bezöge sich eine Urkunde nur auf den Antheil eines einzelnen Theilgenossen, so wäre sie diesem auszufolgen.

§. 845.

Bei Theilungen der Grundstücke müssen die gegenseitigen Grenzen nach Verschiedenheit der Lage durch Säulen, Grenzsteine oder Pfähle auf eine deutliche und unwandelbare Art bezeichnet werden. Flüsse, Berge und Straßen sind natürliche Grenzen. Um den Betrug und Irrthum zu entfernen, sollen in die Steine, Säulen oder Pfähle, die wirklich zur Markung dienen, Kreuze, Wappen, Zahlen oder andere Zeichen gehauen oder darunter eingegraben werden.

§. 846.

Ueber die gemachte Theilung sind Urkunden zu errichten. Ein Theilhaber einer unbeweglichen Sache erhält auch erst dadurch ein dingliches Recht auf seinen Antheil, daß die darüber errichtete Urkunde den öffentlichen Büchern einverleibt wird (§. 436).

1. Bei der Theilung von Grundstücken ist es nothwendig, die Gränzen auf eine deutliche und unwandelbare Art zu bezeichnen, um künftigen Gränzverwirrungen (s. §§. 851—853) möglichst vorzubeugen und Streitigkeiten zu verhindern.

2. Man unterscheidet in dieser Beziehung natürliche und künstliche Gränzen. Zu den ersteren gehören jene, die schon von Natur aus vorhanden (wie Flüsse, Berge u. dgl.), oder zwar durch menschliche Thätigkeit, aber zu andern Zwecken, als behufs der Abmarkung, errichtet sind, wie Straßen, Canäle, Eisen-

bahnen u. s. w. Sind solche natürliche Gränzen vorhanden, so bedarf es weiter keiner künstlichen Vorkehrungen; diese werden nur dort nothwendig, wo jene mangeln.

3. Künstliche Gränzen werden durch eigens dazu errichtete Gränzzeichen kennbar gemacht. Man verwendet hierzu gemeiniglich Säulen, Steine, Pfähle und dergleichen, bei denen es räthlich ist, den Zweck derselben, daß sie nämlich zur Abmarkung dienen, durch Einhauen von Kreuzen, Wappen, Zahlen u. dgl. ersichtlich zu machen, damit sie nicht aus Irrthum verrückt oder bei Seite geschafft werden. Ebenso ist es rathsam, zur Verhütung von Betrügereien unter den Gränzzeichen unverwesliche und nicht leicht zu entfernende Gegenstände (z. B. Kohlen, Eierschalen, Glasscherben u. dgl., sogenannte Steineier) einzugraben.

4. Endlich ist auch die Errichtung von Urkunden über die vorgenommene Theilung zwar nicht nothwendig, da nach §. 883 Verträge sowohl mündlich als schriftlich errichtet werden können, ohne daß die Verschiedenheit der Form in der Regel einen Unterschied begründet; — immerhin dürfte aber die Ausfertigung solcher Urkunden sich als empfehlenswerth darstellen, weil auch hierin ein Mittel gelegen ist, Streitigkeiten zu verhüten oder bei der Entscheidung derselben als Anhaltspunkt zu dienen (vgl. §. 854). Wird die Theilung durch richterlichen Ausspruch bewerkstelliget, so bedarf es keiner Ausfertigung einer weiteren Urkunde.

5. Nach §. 425 gibt der bloße Titel noch kein Eigenthum, sondern dieß kann nur durch die rechtliche Uebergabe und Uebernahme erworben werden; deßhalb kann auch ein Theilgenosse das Eigenthum des ihm bei der Aufhebung der Gemeinschaft zugewiesenen Antheiles an der gemeinschaftlichen Sache erst durch die Uebergabe erlangen. Das unter den Theilhabern getroffene Uebereinkommen und der Ausspruch des Richters gewährt hierzu nur den Titel, zu welchem bei beweglichen Sachen die Uebergabe nach §§. 426—428, bei unbeweglichen Gütern die Eintragung in die öffentlichen Bücher nach §§. 431—436 hinzutreten muß. Bevor diese Eintragung erwirkt ist, kömmt die gemeinschaftliche Sache dritten Personen gegenüber, ungeachtet der vorgenommenen Theilung, immer noch als eine ungetheilte zu betrachten [1]).

§. 847.

Die bloße Theilung was immer für eines gemeinschaftlichen Gutes kann einem Dritten nicht zum Nachtheile gereichen; alle ihm zustehende Pfand-, Servitut- und andere dingliche Rechte werden nach wie vor der Theilung ausgeübt. Auch persönliche Rechte, die einem Dritten gegen eine Gemeinschaft zustehen, haben ungeachtet des erfolgten Austrittes ihre vorige Kraft.

§. 848.

Ebenso kann derjenige, welcher an eine Gemeinschaft schuldig ist, die Zahlung nicht an einzelne Theilnehmer entrichten. Solche Schulden müssen an die ganze Gemeinschaft, oder an jenen, der sie ordentlich vorstellt, abgetragen werden.

1. So lange die Gemeinschaft besteht, wird sie als Eine Person angesehen, und genießt der Regel nach gleiche Rechte mit einzelnen Personen (§§. 26 und 828), hat aber auch die gleichen Verbindlichkeiten. Inwiefern diese Rechte und Verbindlichkeiten den einzelnen Theilhabern unter einander zur ungetheilten Hand oder nach Verhältniß ihrer Antheile zukommen, muß theils nach den Grundsätzen der §§. 888 bis 896, theils aus der Entstehungsart und Beschaffenheit der Gemeinschaft (z. B. §§. 820 und 821, 1201—1204) beurtheilt werden.

2. Es ist, wie Nippel (Erläut. Bd. 5, S. 290) bemerkt, ein auch bei uns (§. 881) anerkannter Rechtsgrundsatz, daß Verträge nur die vertragschließenden

---

[1]) Dr. v. Wildner: Wie lange gilt eine unbewegliche Sache, die Gegenstand eines öffentlichen Buches ist, für ungetheilt? (Jurist, Bd. 15, S. 21.)

Theile verbinden und dritte Personen dadurch in ihren bereits erworbenen Rechten nicht beeinträchtiget werden können; deßhalb wirkt auch die Theilung einer gemeinschaftlichen Sache zunächst nur auf die Theilhaber, und kann einem dritten, der Rechte gegen die Gemeinschaft hatte, nicht zum Nachtheile gereichen. Dieser wird daher, nach wie vor, mit der Besitz- sowie mit der Eigenthumsklage auftreten und seine Rechte geltend machen können. — Ebensowenig kann das auf der gemeinschaftlichen Sache haftende Pfandrecht durch Theilung derselben beirrt werden (§. 466). Deßhalb bestimmten auch die vormals bestandenen Vorschriften über die Grundzerstückungen, und namentlich das Pat. v. 1. September 1798, Nr. 432 der J. G. S., daß, wenn das zu theilende Gut mit Schulden belastet ist, der Zerstückungsvertrag vorläufig durch die politische Behörde an das Gericht zu senden sei. Dieses hatte denselben sämmtlichen Gläubigern mitzutheilen, damit sie binnen einer verhältnißmäßig zu bestimmenden Zeit die ihnen sich allenfalls anbietenden Einwendungen und die Erklärung über dasjenige, was sie zu ihrer Sicherstellung weiter für nothwendig halten, dem Gerichte vorlegen, und dieses hiernach die Zulässigkeit des Vertrages beurtheilen können. Erst wenn bei Gericht mit den in der bestimmten Zeitfrist mit ihren Einwendungen und Erklärungen eingetretenen Gläubigern die Sache in Güte oder im Wege rechtlicher Entscheidung abgethan war, oder sich niemand deßwegen gemeldet hatte, wurde von Seite des Gerichtes der politischen Behörde die Anzeige gemacht, damit diese hiernach, wenn sonst der Vertrag die erforderlichen Eigenschaften besitzt, denselben bestätigen könne. (Vgl. S. 496.) — Selbst wenn etwa die Gläubiger ihre Einwilligung zur Trennung des Hypothekargutes geben, liegt hierin noch keine Verzichtleistung auf das ihnen zustehende Pfandrecht [1]), sondern es müssen vielmehr, wenn von den Parteien kein anderweitiges Uebereinkommen getroffen wurde, die ursprünglich auf der gemeinschaftlichen Sache haftenden Lasten ungetheilt, mit der ganzen Summe auf alle abgesonderten Theile übertragen werden, wie schon oben S. 496 d. W. erörtert wurde [2]). — Endlich kann die Zerstückung des dienstbaren Gutes auch dem servitutsberechtigten dritten nicht zum Nachtheile gereichen, worüber die oben S. 92 d. W. gemachten Bemerkungen zu wiederholen kommen.

3. Aus dem oben unter Z. 2 angeführten Grundsatze folgt weiter, daß auch persönliche Forderungen (z. B. aus einem Bestandvertrage u. s. w.), welche von einem dritten gegen die Gemeinschaft erworben wurden, durch die Aufhebung derselben nicht entkräftet werden, sondern daß die Theilgenossen nach wie vor der Theilung für die Erfüllung der ihnen obliegenden Verbindlichkeiten zu haften haben. Das unter ihnen etwa abgeschlossene Uebereinkommen, vermöge dessen der eine der Theilhaber die gemeinschaftliche Schuld zur Zahlung übernahm, ist wohl für die Paciscenten, nicht aber für den dritten bindend, dem nach §. 1402 kein anderer Schuldner aufgedrungen werden darf; doch müßte er allerdings nach §. 1422 die ihm von dem einzelnen Theilhaber dargebotene Zahlung annehmen.

4. Ebenso ist aber auch anderseits darauf zu sehen, daß in dem Falle, als die Gemeinschaft an dritte Personen Forderungen zu stellen hatte, keines der Mitglieder in Ansehung derselben durch die Theilung verkürzt werde. Der Schuldner darf also seine Schuld nur an die Gemeinschaft, oder an den zum Empfange geeigneten Machthaber derselben (§. 1424) entrichten, wobei erinnert werden muß, daß nach §. 1008 zur Erhebung von Geld oder Geldeswerth eine besondere, auf diese Gattung der Geschäfte lautende Vollmacht erforderlich ist. Bei der Aufhebung einer Gemeinschaft werden derlei Forderungen in der Regel einem der Theilhaber auf

---

[1]) S. J. Freudenreich, Beitrag zur Erläuterung der Frage: ob die Einwilligung der Tabulargläubiger zur politischen Trennung des Hypothekargutes in Bezug auf die hiervon abzutrennenden Theile zugleich eine Verzichtleistung auf das von ihnen hierauf früher erworbene Pfandrecht implicite enthalte? (Jurist, Bd. 7, S. 415.)

[2]) Vgl. ferner den in der allg. österr. Ger. Ztg. 1855, Nr. 53 mitgetheilten Rechtsfall.

Rechnung seines Antheiles zugewiesen werden. An diesen ist dann auch die Zahlung zu leisten (vgl. §. 1396). Sollte dießfalls keine Fürsorge getroffen worden sein, so stünde dem Gläubiger bevor, nach der Weisung des §. 1425 die Zahlung gerichtlich zu hinterlegen.

§. 849.

Was bisher von der Gemeinschaft überhaupt bestimmt worden ist, läßt sich auch auf die einer Familie, als einer Gemeinschaft, zustehenden Rechte und Sachen, z. B. Stiftungen u. dgl. anwenden.

1. Sind einer ganzen Familie gewisse Begünstigungen zugedacht, so befinden sich alle Familienglieder in einer Gemeinschaft, welche, insofern weder der Stiftungsact, noch besondere dafür bestehende Anordnungen etwas abweichendes festsetzen, nach den Grundsätzen dieses Hauptstückes zu beurtheilen kömmt.

2. Beispiele solcher Verhältnisse liefern die Familienfideicommisse (§. 618 u. ff.), die Stiftungen (§. 646), das einer Familie eingeräumte Recht der Benützung einer Bibliothek, einer Kunstsammlung u. dgl.

§. 850.

Erneuerung der Gränzen.

Wenn Grenzzeichen durch was immer für Umstände so verletzt worden sind, daß sie ganz unkenntlich werden könnten, hat jeder Theilhaber das Recht, eine gemeinschaftliche Erneuerung der Grenzen zu verlangen. Die theilnehmenden Nachbarn sind zu diesem Geschäfte vorzuladen, die Grenzen genau zu beschreiben, und die Kosten von Allen, nach Maß ihrer Grenzlinien zu bestreiten.

1. Der §. 850, sowie die nachstehenden §§. handeln von der Erneuerung der Gränzen und dem dabei zu beobachtenden Verfahren. Eine solche Gränzberichtigung kann nothwendig werden, wenn durch Zufall (z. B. Ueberschwemmung, Erdabrutschungen u. dgl.) oder absichtlich (durch vorsätzliche Hinwegräumung oder Versetzung der Gränzmarken u. dgl.) die Gränzzeichen verletzt und unkennbar geworden (§§. 851—853).

2. Das Gesetz trifft aber auch schon für den Fall eine Fürsorge, wenn derlei Gränzverwirrungen erst bevorstehen (§. 853), indem es jedem Theilhaber das Recht einräumt, vorsichtsweise auf eine gemeinschaftliche Erneuerung der Gränzen zu bringen. Unter dem Ausdrucke „Theilhaber" sind hier nicht die Genossen einer gemeinschaftlichen Sache, sondern vielmehr die Gränznachbarn, die Eigenthümer aneinander stoßender Grundstücke zu verstehen [1]); doch dürfte das in Frage stehende Rechtsmittel nach der Analogie des §. 340 auch demjenigen einzuräumen sein, der ein dingliches Recht (z. B. das Recht des Fruchtgenusses) an der gefährdeten Sache besitzt.

3. Es bezieht sich ferner nur auf benachbarte Grundstücke (siehe §§. 852 und 853), nicht aber auf anstoßende Gebäude, hinsichtlich deren die §§. 855 bis 858 besondere Vorschriften enthalten; und ebensowenig kann es zur Anwendung gebracht werden, wenn das Grundstück an eine öffentliche Straße u. dgl. gränzt, in welchem Falle vielmehr die politischen Behörden einzuschreiten hätten.

4. Die hier in Frage stehende Erneuerung der Gränzen kann von den theilnehmenden Nachbarn auch ohne Intervention des Gerichtes vorgenommen werden. Die Anrainer sind dabei vorzuladen, um ihre allfälligen Rechte wahrnehmen zu können, und die Gränzen sohin genau zu beschreiben, wohl auch, wenn es nothwendig ist, durch neue Steine, Pfähle, Erdfurchen u. dgl. (§§. 845 und 846) zu bezeichnen.

5. Die Kosten einer solchen Abmarkung sind von allen theilnehmenden Nachbarn zu tragen, weil sie allen zum Vortheile gereicht, und zwar nach Maß

---

[1]) S. Nippel, Erläut. Bd. 5, S. 293.

der Gränzlinien. Sollte sich ein Nachbar weigern, zu den dießfälligen Kosten beizutragen, so müßte der Richter über die Nothwendigkeit der Gränzerneuerung sich aussprechen, und wenn diese nicht dargethan werden könnte, es jedem einzelnen Grundeigenthümer überlassen, die Herstellung auf seine Kosten zu besorgen.

§. 851.

Wenn die Grenzen wirklich unkennbar geworden sind, oder bei Berichtigung der Markung ein Streit entsteht; so schützet das Gericht vor Allem den letzten Besitzstand. Wer sich dadurch verletzt zu sein glaubt, kann die ihm in Ansehung des Besitzrechtes, des Eigenthumes oder eines anderen Rechtes zustehenden Behelfe der Ordnung nach anbringen (§. 347).

§. 852.

Die wichtigsten Behelfe bei einer Grenzberichtigung sind: Die Ausmessung und Beschreibung, oder auch die Abzeichnung des streitigen Grundes; dann, die sich darauf beziehenden öffentlichen Bücher und andere Urkunden; endlich, die Aussagen sachkundiger Zeugen, und das von Sachverständigen nach vorgenommenem Augenscheine gegebene Gutachten.

§. 853.

Beweiset keine Partei ein ausschließendes Besitz- oder Eigenthumsrecht; so vertheilet das Gericht den streitigen Raum nach Maß des bisherigen ruhigen Besitzstandes. Ist aber auch der Besitzstand zweifelhaft; so wird der streitige Raum zwischen den Parteien nach dem Verhältnisse des Besitzes, von welchem der Anspruch ausgeht, mit Beiziehung der Kunstverständigen, vertheilt, und hiernach die Markung vorgenommen.

1. Sind die Gränzen wirklich unkennbar geworden, so kann die Berichtigung derselben mit der s. g. Gränzscheidungsklage (actio finium regundorum) verlangt werden, welche nach §. 1481 keiner Verjährung unterliegt. Sie ist zunächst auf die Herstellung der alten Gränzen, oder wenn dieß nicht mehr möglich wäre, auf Vertheilung des streitigen Raumes und Vornahme einer neuen Abmarkung gerichtet (§. 835).

2. Die Gränzscheidungsklage ist bei der Realinstanz anzubringen, und es steht hierbei, wenn die an einander gränzenden Güter unter die Gerichtsbarkeit verschiedener Realinstanzen gehören, dem Kläger die Wahl frei, bei welchem dieser Gerichte er dieselbe einreichen wolle [1]).

3. Hinsichtlich des weiteren Verfahrens kömmt vor allem zu bemerken, daß der Richter bis zur Entscheidung des Rechtsstreites den letzten Besitzstand zu schützen, also jeden weiteren Eingriff von der einen wie von der andern Seite zu untersagen habe; was allenfalls durch Androhung von Pönfällen geschehen kann [2]). Nippel ist (in seinen Erläut. Bd. 5, S. 298) der Ansicht, daß hier unter dem Besitzstand nicht nur der echte, sondern jeder wie immer beschaffene factische Besitz zu verstehen sei; allein der unechte Besitz erscheint schon durch die Art seiner Erwerbung als vor dem Gesetze verwerflich, und kann daher auf einen Schutz durchaus keinen Anspruch machen (vgl. §. 345 und Bd. I, S. 427 d. W.); es könnte also gegen den unechten Besitzer jedenfalls die Zurücksetzung in die vorige Lage begehrt werden (§. 346), und wenn sich nicht auf der Stelle zeiget, wer sich in einem echten Besitze befindet und inwiefern der eine oder der andere Theil auf gericht-

---

[1]) S. §§. 52 und 53 der allg., §§. 49 und 50 der dalm. Jur. Norm. — Hierdurch wurden die Zweifel beseitigt, welche früher hinsichtlich des Gerichtsstandes der Gränzscheidungsklage bestanden. Vgl. den Aufsatz von Dr. Franz Fischer in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1825, II., S. 133.

[2]) Unter den älteren einheimischen Gesetzen verfügt der §. 1 des XV. Titels „von strittigen Grundmarchen" des Tractatus de juribus incorporalibus, die Obrigkeit solle, „im Fall es mit der Erkenntniß noch einen Anstand haben müßte, gehörige Verordnung thun, wessen sich inzwischen ein und anderer zu verhalten, und wo Gefahr zu besorgen, einem oder dem andern oder auch beiden Theilen nach Beschaffenheit, die Enthaltung aller Gewaltthätigkeiten, mit scharfen Pönfällen auferlegen, auch allenthalben in dergleichen vorfallender Streitigkeit darob sein, daß die langwierigen Processe und Rechtsführungen verhütet und abgeschnitten werden."

liche Unterstützung Anspruch habe, käme nach §. 347 mit der Sequestration des streitigen Grundes vorzugehen (s. Bd. I, S. 429 d. W.).

4. Der Anspruch des Klägers kann dann weiter im possessorischen Wege (s. Bd. I, S. 428 d. W.) angebracht werden, worüber wir auf die Erläuterung der §§. 346, 372 und 366—371 verweisen.

5. Die wichtigsten Behelfe, die bei solchen Gränzstreitigkeiten angewendet werden können, sind im §. 852 angegeben. Wohl in den meisten Fällen dürfte die Vornahme eines gerichtlichen Augenscheins unter Beiziehung von Sachverständigen (Geometern, Ingenieurs u. dgl.) sich als nothwendig darstellen [1]). Als weitere Anhaltspunkte dienen sohin die Ausmessung, Beschreibung und Abzeichnung (Mappirung) des streitigen Grundes; ferner die Vergleichung mit den sich auf denselben beziehenden Urkunden, z. B. Kaufbriefen, Theilungsinstrumenten u. dgl., in denen das Ausmaß angegeben ist, oder mit früheren Gränzberichtigungsprotokollen; ingleichen die Einsichtnahme in die öffentlichen Bücher, und in die Steuerrollen, in denen häufig auch der Flächeninhalt sowohl als die Abgränzung genau verzeichnet erscheinen. Endlich kann auch die Aussage von Zeugen, die den Gränzzug anzugeben wissen, mit Erfolg verwendet werden [2]).

6. Liefert nun eine oder die andere Partei den Beweis ihres Eigenthumes (§. 369), oder wenigstens ihres stärkeren Besitzrechtes (§. 372) hinsichtlich des streitigen Grundes, so hat der Richter darnach zu erkennen.

7. Vermag dagegen niemand ein ausschließendes Recht darzuthun, so wird der bisherige ruhige Besitzstand aufrecht erhalten (§. 374), also jedem dasjenige zugetheilt, was er bisher im ruhigen Besitze hatte, und eine neue Abmarkung vorgenommen.

8. Kann nicht einmal ein ruhiger Besitzstand nachgewiesen werden, so ist eine eigentliche Gemeinschaft zwischen den Gränznachbarn (communio incidens) vorhanden, bei deren Aufhebung jedem einzelnen Theilhaber sein Antheil zugemessen werden muß (§. 841). Das eigenthümliche ist hier nur, daß die Antheile nicht (nach der Regel des §. 839) als gleich vermuthet werden, sondern daß das Gesetz, wie bei der Vertheilung einer Insel (§. 407) oder eines verlassenen Wasserbettes (§. 410), einen andern Maßstab der Vertheilung angenommen hat, nämlich das Verhältniß des Besitzes, von welchem der Anspruch ausgeht; es dürfte sich daher folgende Proportion herausstellen: Die Summe der Längen aller an den streitigen Raum anstoßenden Grundstücke zu dem Flächeninhalte des ganzen streitigen Raumes, wie die Länge jedes einzelnen Grundstückes zu dem jedem Theilhaber zuzumessenden Antheile [3]).

9. Nach geschehener Berechnung hat die wirkliche Zutheilung des Grundes mit Beiziehung von Kunstverständigen (Feldmessern) zu geschehen, und hiernach die Markung vorgenommen zu werden.

---

[1]) So heißt es in der oben angeführten Stelle des Tractatus de jur. incorp.: „Wann zwischen zweien oder mehr Parteien ihrer Gründ- und Güter-Abmarchung halber Stritt und Irrung entstehen, deren sie sich selbst nicht vergleichen könnten, sollen sie solches an die ordentliche Obrigkeit bringen, welche darauf taugliche Commissarien, auf der Parteien selbst Vergleich- oder Benennung, oder ex officio verordnen, mit der Auflag, daß sie an dem strittigen Ort den Augenschein einnehmen, die Interessenten mit ihren Nothdurften und Zeugenschaften anhören, und entweder sie in der Güte vergleichen oder aber in deren Entstehung, den eigentlichen Befund der Sachen, neben Einschließung alles dessen, so fürkommen, schriftlich berichten sollen."

[2]) „Die March sollen nach Inhalt brieflicher Urkunden, wenn die vorhanden sind, sonst nach eidlicher Aussage glaubwürdiger alter Leute, denen darum bewußt sein mag, entschieden werden; es käme denn hervor, und würde in anderem Wege bewiesen, daß die alten March mit Wissen und Willen der Besitzer etwa geändert worden." §. 4 des XV. Tit. des Tract. de jur. incorp.

[3]) S. Winiwarter, bürgl. Recht, Bd. 3, S. 478. — Nach §. 2 des XV. Tit. des Tract. de jur. incorp. sollen die Obrigkeiten „zur Abhelfung solcher Streitigkeiten in unlautern Sachen nach Billigkeit einem Theil nehmen oder geben, etwa auch einem Theil eine Summe Geldes für das, so dem andern an Gründen mehreres zugesprochen wird, zuerkennen; und hierauf neue March setzen, alles nach Gelegenheit vorkommender Handlung, und wie es die Billigkeit, auch nachbarliche Einigkeit erfordert."

10. Mit der Gränzscheidungsklage können auch persönliche Ansprüche auf Schadenersatz geltend gemacht werden, wenn sie gegen den Beklagten als begründet erscheinen.

§. 854.

Vermuthete Gemeinschaft.

Erdfurchen, Zäune, Hecken, Planken, Mauern, Privatbäche, Canäle, Plätze und andere dergleichen Scheidewände, die sich zwischen benachbarten Grundstücken befinden, werden für ein gemeinschaftliches Gut angesehen; wenn nicht Wappen, Auf- oder Inschriften oder andere Kennzeichen und Behelfe das Gegentheil beweisen.

1. Jeder Eigenthümer ist berechtiget, den ihm gehörigen Raum einzuschließen, und durch entsprechende Scheidewände (z. B. Mauern, Hecken, Zäune, Planken, Erdfurchen u. dgl.) für die Abtheilung desselben von fremdem Raume zu sorgen. Stellt er diese Scheidewände auf seinem Grund und Boden, und auf eigene Kosten her, so ist er auch Alleineigenthümer derselben und kann als solcher beliebig darüber verfügen (vgl. jedoch §. 858), muß aber auch die Unterhaltungskosten derselben allein bestreiten (§. 856).

2. Da aber derlei Scheidewände, auch wenn sie einfach vorhanden sind, beiden Gränznachbarn gleichen Nutzen gewähren, und da durchaus nicht nothwendig, ja aus ökonomischen Gründen nicht einmal wünschenswerth ist, daß sie überall doppelt errichtet werden, so wird es gewiß sehr häufig der Fall sein, daß sie wie die Gränzzeichen (§§. 844, 845 und 850) auf gemeinschaftliche Kosten errichtet werden, und sohin ein gemeinschaftliches Eigenthum der Gränznachbarn bilden. Aus diesem Grunde stellt das Gesetz sogar die Vermuthung auf, daß solche Scheidewände den Besitzern benachbarter Grundstücke gemeinschaftlich angehören.

3. Die hier aufgestellte Vermuthung läßt aber nicht nur einen Gegenbeweis zu, der durch alle gerichtsordnungsmäßigen Beweismittel (z. B. Urkunden, Zeugenaussagen u. s. w. — vgl. §. 852) geführt werden kann, sondern sie kann auch durch entgegengesetzte stärkere Vermuthungen entkräftet werden. Eine solche entgegengesetzte Vermuthung tritt a) nach dem Schlußsatze des vorstehenden §. dann ein, wenn Wappen, Auf- oder Inschriften an der fraglichen Scheidewand auf das Alleineigenthum eines oder des andern Nachbarn hindeuten; ferner b) nach §. 857, wenn die Ziegel, Latten oder Steine nur auf einer Seite vorlaufen oder abhängen, weil nicht anzunehmen ist, daß sich einer der Nachbarn die einseitige Abdachung, die ihm wegen des abfließenden Regenwassers u. dgl. lästig werden kann, oder das Hervorragen in seinem Luftraum (siehe §. 296) würde haben gefallen lassen, wenn die Scheidewand nicht sein Alleineigenthum wäre [1]. — Die gleiche Vermuthung gilt c) wenn die Pfeiler, Säulen, Ständer, Bachställe auf einer Seite eingegraben sind, weil dadurch ein Theil des Bodens der Benützung entzogen wird. — Endlich wird noch insbesondere d) derjenige für den ausschließenden Besitzer einer Mauer gehalten, welcher eine in der Richtung gleich fortlaufende Mauer von gleicher Höhe und Dicke unstreitig (als Alleineigenthum) besitzt, weil es wahrscheinlich ist, daß eine solche Mauer, wenn sie auf gemeinschaftliche Kosten der Gränznachbarn errichtet wurde, ganz auf dieselbe Art fortgeführt worden wäre. — Diese Vermuthungen sind übrigens nur beispielsweise angegeben, es können also immerhin auch noch andere eintreten, z. B. wenn Blenden und Vertiefungen nur auf einer Seite der Scheidewand vorhanden sind.

4. Ebenso ist aber auch bei diesen Vermuthungen der Gegenbeweis nicht ausgeschlossen, und wenn eine gemeinschaftliche Belastung, Einfügung u. dgl. andererseits wieder für ein getheiltes Eigenthum spricht, so müßte es wohl dem

---

[1]) Eine beinahe gleichlautende Bestimmung enthält das preußische Landrecht (Thl. I, 17. Absch., 5. Tit., §§. 159—161), welches überhaupt in dieser Materie als Muster diente.

vernünftigen Ermessen des Richters überlassen werden, das Gewicht dieser widerstrebenden Vermuthungen gegen einander abzuwägen.

§. 855.

Jeder Mitgenosse kann eine gemeinschaftliche Mauer auf seiner Seite bis zur Hälfte in der Dicke benützen, auch Blindthüren und Wandschränke dort anbringen, wo auf der entgegengesetzten Seite noch keine angebracht sind. Doch darf das Gebäude durch einen Schornstein, Feuerherd oder andere Anlagen nicht in Gefahr gesetzt, und der Nachbar auf keine Art in dem Gebrauche seines Antheiles gehindert werden.

1. Ist eine Mittelmauer zwischen Gebäuden ein gemeinschaftliches Eigenthum, so dürfte nach der Strenge des §. 828 kein Theilhaber in derselben eine Veränderung vornehmen, wodurch über den Antheil des andern verfügt würde, da sich das Eigenthum eines jeden über die ganze Mauer erstreckt, und keinem ein physisch ausgeschiedener Theil zu seiner ausschließenden Benützung anheimfällt. Hievon macht das Gesetz in dem vorstehenden §. eine Ausnahme, indem es jedem Mitgenossen das Recht einräumt, die gemeinschaftliche Mauer auf seiner Seite bis zur Hälfte der Dicke durch Anlegung von Blindthüren, Wandschränken, Schornsteinen u. dgl. zu benützen[1]). Doch unterliegt diese Befugniß der Beschränkung, daß Vertiefungen auf der einen Seite nur dort angebracht werden dürfen, wo sich auf der entgegengesetzten Seite noch keine befinden, weil sonst beide zusammenstoßen und die Wand gänzlich durchbrechen würden. Mit Recht folgert hieraus Nippel (Erläut. Bd. 5, S. 304), daß jedem Theilgenossen nur erlaubt ist, die Hälfte der auf seiner Seite befindlichen Scheidewand der Länge nach zu Blindthüren und Wandschränken zu verwenden, weil dem andern Theilgenossen das gleiche Recht zusteht, und die Befugnisse der gemeinschaftlichen Eigenthümer sich nur dadurch in Uebereinstimmung bringen lassen, daß der eine Theilhaber dem andern einen gleich großen Raum zu ähnlichen Unternehmungen überläßt.

2. Die weitere Beschränkung des §. 855 fließt theils aus dem Grundsatze des §. 364, theils aus der Bestimmung des §. 828.

§. 856.

Alle Miteigenthümer tragen zur Erhaltung solcher gemeinschaftlichen Scheidewände verhältnißmäßig bei. Wo sie doppelt vorhanden sind, oder das Eigenthum getheilt ist, bestreitet jeder die Unterhaltskosten für das, was ihm allein gehört.

1. Die Erhaltung einer jeden Scheidewand fällt dem Eigenthümer anheim; ist sie daher in dem ausschließenden Besitze eines oder des anderen Nachbars, so bestreitet dieser auch allein die Unterhaltungskosten[2]).

2. Bildet sie dagegen ein gemeinschaftliches Eigenthum, so haben alle Miteigenthümer nach Verhältniß ihrer Antheile (§. 839) zur Erhaltung beizutragen.

3. Jeder Eigenthümer ist nach §. 362 befugt, sich unbedingt seines Eigenthumes zu begeben; dieses Recht muß daher auch einem Miteigenthümer zustehen, und er kann sich dadurch (wie der Eigenthümer eines dienenden Gutes nach §. 483) von der Beitragsleistung befreien[3]).

§. 857.

Ist die Stellung einer Scheidewand von der Art, daß die Ziegel, Latten oder Steine nur auf einer Seite vorlaufen oder abhängen; oder sind die Pfeiler, Säulen, Ständer, Bachställe auf Einer Seite eingegraben, so ist im Zweifel auf dieser Seite das ungetheilte Eigenthum der Scheidewand; wenn nicht aus einer beiderseitigen Belastung, Einfügung, aus anderen Kennzeichen oder sonstigen Beweisen das Gegentheil

[1]) Vgl. Preußisches Landrecht, a. a. O. §§. 134—136.
[2]) Vgl. Preußisches Landrecht, a. a. O. §§. 150—153 und 173—175.
[3]) S. Nippel, Erläut. Bd. 5, S. 305 gegen Winiwarter (bürgl. Recht, Bd. 3, S. 481).

erhellet. Auch derjenige wird für den ausschließenden Besitzer einer Mauer gehalten, welcher eine in der Richtung gleich fortlaufende Mauer von gleicher Höhe und Dicke unstreitig besitzt.

S. oben S. 507 d. W. bei der Erläut. des §. 854.

§. 858.

In der Regel ist der ausschließende Besitzer nicht schuldig, seine verfallene Mauer oder Planke neu aufzuführen; nur dann muß er sie in gutem Stande erhalten, wenn durch die Oeffnung für den Grenznachbar Schaden zu befürchten stünde. Es ist aber jeder Eigenthümer verbunden, auf der rechten Seite seines Haupteinganges für die nöthige Einschließung seines Raumes, und für die Abtheilung von dem fremden Raume zu sorgen.

1. Aus dem Begriffe des Eigenthums folgt, wie schon oben S. 507 d. W. bemerkt wurde, daß jedermann berechtiget ist, seinen Raum einzuschließen und von dem fremden Raume abzutheilen; er kann aber im allgemeinen nicht als hierzu verpflichtet angesehen werden, da niemand ohne einen besonderen Rechtstitel verbunden ist, zum Vortheile eines andern etwas zu unternehmen, und da selbst die Servituten nur in einem „Gestatten" oder „Unterlassen", nicht aber in einem „Thun" bestehen (§. 482). Allein der Staat mag sich immerhin bewogen finden, zur Erhaltung und Beförderung des allgemeinen Wohles Einschränkungen vorzuschreiben, welche nicht aus der Natur des Eigenthumes fließen (§. 364). Nun liegt es allerdings im öffentlichen Interesse, daß das Eigenthum auf eine deutliche und unwandelbare Art bezeichnet, daß benachbarte Grundstücke gehörig von einander abgegränzt und dadurch Besitz- und andere Streitigkeiten vermieden werden. Deßhalb verfügt der §. 858 in seinem Schlußsatze, daß jeder Eigenthümer verbunden ist, auf der rechten Seite seines Haupteinganges für die nöthige Einschließung seines Raumes und für die Abtheilung von dem fremden Raume zu sorgen [1]).

2. Diese Anordnung dürfte übrigens wohl nur auf solche Grundstücke anwendbar sein, welche gegen den Zutritt der Menschen gesichert zu werden pflegen, z. B. Gärten, Höfe oder andere unmittelbar an den Häusern liegende Grundstücke, nicht aber auf offene Felder, Wiesen, Weingärten u. s. w., denn er redet von einem „Eingange", setzt also offenbar voraus, daß nicht jedermann der Zutritt zu denselben freisteht [2]).

3. Unter der rechten Seite des Haupteinganges ist diejenige zu verstehen, welche dem in das Haus eintretenden zur Rechten liegt, wie aus dem Wortlaute des Gesetzes zu erhellen scheint, welches sich sonst wohl des Ausdruckes „Ausgang" statt Eingang bedient hätte; auch heißt es in den böhmischen Stadtrechten K. XXXV.: „Wenn ein Streit zwischen den Nachbarn entsteht wegen einer Wand oder Mauer, die zwischen zweien Häusern liegt, also, daß sich einer dieselbe zueignen und den andern davon abbringen wollte, oder daß beide Nachbarn sich derselben entäußern wollten .... so sollen die Geschworenen in das Haus hinein gehen und mit allem Fleiße die Wand oder Mauer untersuchen .... um zu erkennen .... wem sie zuständig sei; denn obwohl durch gemeine Gebräuche und gemeiniglich die Mauern auf der rechten Seite, wenn man in's Haus geht, demselben Hause zugeschrieben werden," u. s. w. [3]).

---

[1]) Dr. Jos. Helfert meint (in seiner Erläuterung des zweiten Absatzes des §. 858 des a. b. G. B. in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1826, I., S. 229), der §. 858 handle nur von dem Falle, wenn eine Mauer oder Planke, welche bisher als Scheidewand benützt worden war, verfallen ist, oder in schlechten Zustand zu kommen anfängt, und aus der unterlassenen Wiederherstellung in den vorigen Stand für den Gränznachbar Schade zu befürchten steht. — Allein mit Recht bemerkt hiergegen Nippel (in seinen Erläut. Bd. 5, S. 514), daß der §. 858 jedem Gränznachbar die in Frage stehende Verpflichtung auferlege, durch welche bei mehreren in der Reihe fortlaufenden Grundstücken zugleich für die Einschließung des Raumes von beiden Seiten gesorgt wird, und die dießfälligen Kosten gleichmäßig unter die Nachbarn vertheilt werden.

[2]) S. Nippel, Erläut. Bd. 5, S. 317.

[3]) S. Helfert, a. a. O. S. 235.

4. Ist ein Gebäude mit mehreren Eingängen versehen, so wird sich wohl meistens aus den obwaltenden Umständen entnehmen lassen, welcher als der Haupteingang zu betrachten sei; z. B. wenn der eine an der Vorder-, der andere an der Rück- oder Nebenseite des Hauses angebracht, wenn einer blos für Fußgänger, der andere auch für Fuhrwerke bestimmt ist u. dgl.[1]). — Bietet sich aber kein geeigneter Anhaltspunkt dar, wie es bei s. g. Durchhäusern nicht selten der Fall ist, so müßte nach der Analogie des §. 841 zur Entscheidung durch das Los, einen Schiedsmann oder den Richter Zuflucht genommen werden[2]).

5. Liegen die Haupteingänge zweier benachbarter Grundstücke auf einander gegenüberstehenden Seiten, z. B. bei dem einen auf der Süd-, bei dem andern auf der Nordseite, so daß der einzuschließende Raum für jeden der beiden Nachbarn die linke oder rechte Seite seines Haupteinganges bildet, so meint Helfert (a. a. O. S. 244), daß die Scheidewand auf gemeinschaftliche Kosten hergestellt werden müsse. Uns scheint aber die Ansicht Nippel's (Erläut. Bd. 5, S. 322) den Vorzug zu verdienen, daß nämlich die Hauptverfügung des §. 858 darin bestehe, jeder Eigenthümer habe auf einer Seite für die Einschließung seines Raumes Sorge zu tragen; diesem Hauptgrundsatze wird zwar die Nebenbestimmung beigefügt, daß dieß (in der Regel) die rechte Seite des Haupteinganges sein solle, wobei aber der Gesetzgeber eben nur den gewöhnlichen Fall vor Augen hatte, daß die Haupteingänge der angränzenden Gebäude sich auf der nämlichen Seite befinden. Für den außergewöhnlichen, hier in Frage stehenden Fall kann demnach diese Nebenbestimmung gar nicht zur Anwendung kommen, und es bleibt daher nur die Hauptverfügung übrig, daß jeder Eigenthümer eine Scheidewand ausschließlich auf seine Kosten zu erhalten habe; welche dieses sei, müßte auch hier wieder durch das Los, einen Schiedsmann oder den Richter bestimmt werden.

6. Ist eine Scheidewand (Mauer oder Planke) verfallen, so kann der ausschließende Besitzer in der Regel nicht verpflichtet werden, sie neu aufzuführen, weil es nach §. 362 jedem Eigenthümer freisteht, sein Eigenthum unbenützt zu lassen, ja sogar zu vertilgen; höchstens könnte, wenn der verfallene Bau dem Einsturze droht, von dem Rechtsmittel des §. 343 Gebrauch gemacht werden. Doch scheinen von dieser Regel zwei Ausnahmen Platz zu greifen; und zwar a) wenn die verfallene Scheidewand eine solche ist, welche der Eigenthümer nach den eben (Z. 5) entwickelten Grundsätzen zur Einschließung seines Raumes herzustellen verpflichtet ist[3]); und b) wenn durch die Oeffnung für den Gränznachbar Schaden zu befürchten stände. Hierunter will Schuster (a. a. O. S. 77) nur den durch eine widerrechtliche Handlung oder Unterlassung einer obliegenden Pflicht herbeigeführten Schaden verstehen; er meint daher, die fragliche Verfügung sei nur dann anwendbar, wenn die Kraft einer bestellten Dienstbarkeit übernommene Pflicht, die Mauer in gutem Stande zu erhalten (§. 476), verletzt wird, oder wenn der zur Abhilfe verpflichtende Umstand eintritt, daß der Gränznachbar gegen den geistigen Sinn der im Hauptstücke von den Dienstbarkeiten enthaltenen Grundsätze durch die entstandene Oeffnung künftighin etwas (z. B. das gesammelte Regenwasser) aufnehmen müßte, was er früher aufzunehmen nicht verpflichtet war. — Allein der Verfasser scheint uns hierbei von unrichtigen Prämissen auszugehen; denn daß jedermann den durch sein Verschulden (durch Verletzung einer Rechtspflicht) entstandenen Schaden zu ersetzen habe, ist schon im §. 1295 klar ausgesprochen, es hätte also dazu einer besonderen Anordnung im §. 858 nicht beburft. Diese möchte daher vielmehr als eine Ausnahme von dem sonst geltenden Grundsatze des §. 1305 anzusehen sein, daß nämlich derjenige, der von seinem Rechte innerhalb der rechtlichen Schranken Gebrauch macht, den für einen andern daraus entspringenden Nachtheil nicht zu

---

[1]) S. Helfert, ebd. S. 239.
[2]) S. Nippel, Erläut. Bd. 5, S. 320.
[3]) S. Schuster, über das Baurecht, S. 79.

verantworten habe. Wir haben bereits oben gesehen, daß das Gesetz hinsichtlich der Errichtung von Scheidewänden aus öffentlichen Rücksichten von dem strengen Rechte abweicht, und dem Eigenthümer Verpflichtungen auferlegt, die aus dem Begriffe des Eigenthums nicht abgeleitet werden können. Hierunter scheint denn auch die in Frage stehende Erhaltungspflicht zu gehören, und zwar um so mehr, als der Begriff des Schadens nach §. 1294 keineswegs auf eine widerrechtliche Handlung oder Unterlassung eingeschränkt werden kann, indem der gedachte §. ausdrücklich auch den Zufall als eine Quelle des Schadens bezeichnet. Wir glauben daher, daß der Eigenthümer auch abgesehen von der Verletzung einer Vertragspflicht oder der Anmaßung einer Servitut[1]) verbunden sei, die seinem Nachbar schädliche Oeffnung wieder zu verschließen, doch stimmen wir vollkommen der Ansicht Nippel's (Erläut. Bd. 5, S. 311) bei, daß der Grund der Beschädigung gerade in der Oeffnung der Mauer oder Planke liegen müsse; und daß somit der Gränznachbar für jenen Schaden nicht verantwortlich sei, welcher auch dann entstanden sein würde, wenn sich zwischen den beiden Grundstücken gar keine Mauer oder Planke befände.

---

[1]) Auch darin scheint uns Schuster einer irrigen Ansicht zu sein, daß er (a. a. O.) behauptet, derjenige maße sich eine Dienstbarkeit an, welcher in das benachbarte Grundstück etwas von dem seinigen einläßt; denn er nimmt ja dadurch noch keine Duldung von Seite des Gegentheiles in Anspruch, sondern stellt es nur diesem anheim, sich selbst gegen einen solchen Einlaß zu schützen, also die Oeffnung von seiner Seite zu verbauen; der Einlassende verhält sich negativ, er hindert nur den Abfluß nicht.

Druck von Jos. Feichtinger's Erben in Linz.

Druck von G. J. Manz in Regensburg.